

BOYKOTT UND STRAFRECHT

**DER WIRTSCHAFTLICHE BOYKOTT
UNTER BESONDERER BERÜCKSICHTIGUNG VON § 26 ABS. 1
IN VERBINDUNG MIT § 38 ABS. 1 NR. 8 GWB**

In a u g u r a l - D i s s e r t a t i o n
zur
Erlangung der juristischen Doktorwürde
der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Albert-Ludwigs-Universität
zu Freiburg im Breisgau

vorgelegt von
Assessor Eberhard Simmler
aus Bad Frankenhausen

1979



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Fotodruck nach Vorlage: Heizler-Druck, 7800 Freiburg i. Br.

BOYKOTT UND STRAFRECHT

DER WIRTSCHAFTLICHE BOYKOTT UNTER BESONDERER BERÜCKSICHTIGUNG VON § 26 ABS. 1 IN VERBINDUNG MIT § 38 ABS. 1 NR. 8 GWB

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde
der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Albert-Ludwigs-Universität zu Freiburg im Breisgau

vorgelegt von

Assessor Eberhard Simmler

aus Bad Frankenhausen

1979

Dekan: Prof. Dr. Karl Kroeschell
Referent: Prof. Dr. Klaus Tiedemann
Korreferent: Prof. Dr. Rud. Schmitt

Tag der mündlichen Prüfung: 19. Juli 1979

LITERATUR

EINLEITUNG	1
I. Begrifflichkeit	1
II. Schwerpunkte	6
III. Gang der Darstellung	9
1. KAPITEL ERSCHEINUNGSFORMEN DES WIRTSCHAFTLICHEN BOYKOTTS	13
I. Verfahren nach § 26 Abs. 1 in Verbindung mit § 38 Abs. 1 Nr. 8 GWB	18
II. Verfahren nach §§ 25 Abs. 2, 25 Abs. 3 und 26 Abs. 2 in Verbindung mit § 38 Abs. 1 Nr. 8 GWB mit "Boykottthintergrund" sowie Zivilverfahren nach § 26 Abs. 1 GWB	59
III. Verfahren wegen Verstosses gegen das Wettbewerbsrecht der Europäischen Gemeinschaften	82
EXKURS: Boykottaufforderungen durch Verbraucherverbände und andere Formen organisierten "Käuferstreiks"	92
2. KAPITEL DIE ERFASSUNG DES WIRTSCHAFTLICHEN BOYKOTTS DURCH DAS WETTBEWERBSRECHT UND DAS ZIVILRECHT	102
I. § 26 Abs. 1 GWB	104
1) Die einzelnen Merkmale	104
a) Verrufer	104
b) Adressat der Verrufserklärung	105
c) Verrufener	105
d) Liefersperren oder Bezugssperren	107
e) Auffordern	108
f) Unbilligkeit der Beeinträchtigung	111
g) Subjektive Tatseite	111
2) Zivilrechtliche und kartellverwaltungsrechtliche Rechtsfolgen	113
II. § 1 UWG und §§ 823, 826 BGB	114
1) § 1 UWG	114
2) §§ 823, 826 BGB	116

II.

III. Konkurrierende Vorschriften	117
IV. Abgrenzung von § 26 Abs. 1 zu § 18 GWB	119
3. KAPITEL VERFASSUNGSRECHTLICHE, ORDNUNGSWID- RIGKEITENRECHTLICHE UND STRAFRECHTLICHE ASPEKTE DES § 26 ABS. 1 IN VERBINDUNG MIT § 38 ABS. 1 NR. 8 GWB	121
I. Unbilligkeit der Beeinträchtigung	122
1) Art. 103 Abs. 2 Grundgesetz	124
2) Kriterien für den Ausschluß der Tatbestands- mäßigkeit	131
a) Abwehr	133
aa) Wettbewerbsrechtlicher Abwehreinwand als Un- terfall der Notwehr (§ 15 OWiG)	133
bb) Zusätzliche Anwendung des § 15 OWiG als Rechtfertigungsgrund	142
b) Wahrnehmung berechtigter Interessen	146
aa) Rechtfertigungsgrund oder eigenständiges Tat- bestandsproblem?	146
bb) Zusätzliche Anwendung des § 193 StGB als Rechtfertigungsgrund?	150
c) Rechtfertigender Notstand	152
aa) "Rechtfertigender" Notstand als tatbestands- ausschließendes Kriterium	152
bb) § 16 OWiG als Rechtfertigungsgrund	153
d) Art. 5 Grundgesetz	154
II. Die Umschreibung des Täterkreises durch § 38 Abs. 1 Nr. 8 in Verbindung mit § 26 Abs. 1 GWB	162
III. Absicht	170
IV. Irrtumsfragen	179
4. KAPITEL BOYKOTT UND ALLGEMEINES STRAFRECHT	189
I. § 240 StGB (Nötigung)	193
1) Nötigung des Gesperrten durch den Verrufer	194
a) Die erfolgreiche Boykottaufforderung	196
aa) Täterschaft oder Anstiftung?	196
- Anstiftung zur Nötigung?	198
- Mittelbare Täterschaft?	205
- Mittäterschaft?	208
- "Einfache" Täterschaft?	209

III.

bb) Der tatbestandliche Nötigungserfolg	211
cc) Die Anwendung von Gewalt	217
dd) Die Drohung mit einem empfindlichen Übel	225
b) Die erfolglose Boykottaufforderung	227
c) Die Androhung eines Boykottaufrufs	228
2) Nötigung des Gesperrten durch den Sperrer	230
a) Die Durchführung einer Sperre	230
b) Die Androhung einer Sperre durch den Sperrer	231
aa) Der Meinungsstand in Rechtsprechung und Literatur	231
bb) Eigene Stellungnahme	233
- Das Vorliegen einer Drohung - Die Abhängigkeit des "eigentlichen" Übels vom Täter	234
- Die Notwendigkeit der Eingrenzung strafrechtlich relevanter Drohungen bereits auf der Tatbestandsebene	239
- Die Drohung mit einer Unterlassung bei strafbewehrter Handlungspflicht	240
- Insbesondere: Die Relevanz des Kriteriums des echten oder unechten Unterlassungsdelikts für die Fälle einer Liefer- oder Bezugssperre	243
- Die Drohung mit einer Unterlassung bei einer nicht strafbewehrten Rechtspflicht zum Handeln	249
- Die Drohung mit einer Unterlassung bei Fehlen einer Handlungspflicht	255
- Drohung mit dem Abbruch von Geschäftsbeziehungen	258
- Drohung mit einer Nichtaufnahme von Geschäftsbeziehungen	263
- Die Konzeption der Verfasser des Alternativ-Entwurfs	270
II. Die Rechtswidrigkeit der Nötigung im Sinne des § 240 Abs. 2 StGB	272
1) Die Rechtswidrigkeit im Sinne des § 240 Abs. 2 StGB bei der Boykottaufforderung	274
2) Die Rechtswidrigkeit der Nötigung im Sinne des § 240 Abs. 2 StGB in den Fällen der §§ 25 Abs. 2, 25 Abs. 3 und 26 Abs. 2 GWB	285
3) Ergebnis	289
III. Weitere Straftatbestände	290
1) § 253 (Erpressung)	290

IV.

2) §§ 185 ff. (Beleidigung, üble Nachrede und Verleumdung)	291
3) § 15 UWG (Geschäftliche Verleumdung)	291
IV. Das gesetzessystematische Verhältnis der Ordnungswidrigkeiten nach §§ 25 Abs. 2 und 3, 26 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 38 Abs. 1 Nr. 8 GWB zu den Tatbeständen des allgemeinen Strafrechts, insbesondere § 240 StGB – Die Problematik des § 21 Ordnungswidrigkeitengesetz	293
5. KAPITEL RECHTSGÜTERSCHUTZ DURCH DAS STRAFRECHT UND DIE SOZIALSCHÄDLICHKEIT VON BOYKOTTMABNAHMEN	305
I. Methodische Grundlagen	306
1) Das Rechtsgut als Leitprinzip bei der Rechtsanwendung	306
2) Individualrechtsgüter und überindividuelle Rechtsgüter	308
3) Das Rechtsgut als Leitbegriff der Kriminalpolitik	314
4) Das Verhältnis des Kriteriums der Sozialschädlichkeit zum Rechtsgutsbegriff	315
II. § 26 Abs. 1 GWB – Die geschützten Rechtsgüter und die Sozialschädlichkeit ihrer Verletzung	320
1) Geschützte Rechtsgüter	320
2) Sozialschädlichkeit	327
6. KAPITEL RECHTSPOLITISCHE ÜBERLEGUNGEN	336
I. Der Tatbestandsvorschlag Ingo Schmidts	341
II. Der Tatbestandsvorschlag der Sachverständigenkommission zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität	350
III. Der Tatbestandsvorschlag des Verfasserkreises des Alternativ-Entwurfs	355
IV. Zusammenfassung der Ergebnisse	378
V. Tatbestandsalternativen	380

LITERATUR

- Amelung, Knut: Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft. Frankfurt a. M. 1972.
- Arndt, Helmut: Wirtschaftliche Macht. Tatsachen und Theorien. 2. Aufl. München 1977.
- Arzt, Gunther: Der Ruf nach Recht und Ordnung. Tübingen 1976.
- : Strafrecht. Besonderer Teil. LH 1: Delikte gegen die Person. Bielefeld 1977.
 - : Zum Zweck und Mittel der Nötigung. In: Welzel-Festschrift. Berlin/New York 1974, S. 823 ff.
- Ballerstedt, Kurt: Handlungsunwert oder Erfolgsunwert im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen. In: Böhm-Festschrift. Karlsruhe 1965, S. 179 ff.
- Baumann, Jürgen: Grenzfälle im Bereich des Verbotsirrtums. In: Welzel-Festschrift. Berlin/New York 1974, S. 533 ff.
- : Strafrecht. Allgemeiner Teil. 8. Aufl. Bielefeld 1977.
- Baumann, Jürgen/Arzt, Gunther: Kartellrecht und Allgemeines Strafrecht. ZHR Bd. 134 (1970), S. 24 ff.
- Baumbach/Hefermehl. - Hefermehl, Wolfgang: Wettbewerbsrecht (in Fortführung des von Adolf Baumbach begründeten Werkes) 12. Aufl. München 1978.
- Belke, Rolf: Die Geschäftsverweigerung im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen. Tübingen 1966.
- Benisch, Werner: Der organisierte Käuferstreik. NJW 1956, S. 1185 f.
- Biedenkopf, Kurt: Zum politischen Boykott. JZ 1965, S. 553 ff.
- Blei, Hermann: Die Auflösung des strafrechtlichen Gewaltbegriffs. JA 1970, S. 19 ff., 77 ff., 141 ff.
- : Strafschutzbedürfnis und Auslegung. In: Henkel-Festschrift. Berlin/New York 1974, S. 109 ff.

II

- Binding, Karl: Lehrbuch des gemeinen Deutschen Strafrechts. Besonderer Teil. Band 1. 2. Aufl. Leipzig 1902.
- Bolenius, Jochen-Michael: Straftaten und Ordnungswidrigkeiten im Wettbewerbs- und Kartellrecht. Iur. Diss. Tübingen 1965.
- : Wirtschaftsstrafrechtliche Normen im Wettbewerbs- und Kartellrecht. In: Baumann, Jürgen/Dähn, Gerd (Hrsg.) Studien zum Wirtschaftsstrafrecht. Tübingen 1972.
- Busse, Volker: Nötigung im Straßenverkehr. Neuwied/Berlin 1968.
- Cramer, Peter: Grundbegriffe des Rechts der Ordnungswidrigkeiten. Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1971.
- : Die Beteiligung an einer Zuwiderhandlung nach § 9 OWiG. NJW 1969, S. 1929 ff.
- Däubler, Wolfgang: Strafbarkeit von Arbeitskämpfen? In: Baumann, Jürgen/Dähn, Gerd (Hrsg.): Studien zum Wirtschaftsstrafrecht. Tübingen 1972.
- Dörinkel, Wolfram: Der Begriff des Mißbrauchs im Sinne der Kartellaufsichtsbestimmungen des GWB. WuW 1959, S. 81 ff.
- Droste, Helmut: Abwehr im Wettbewerb. WuW 1954, S. 507 ff.
- Dürig, Günter: Grundrechte und Zivilrechtsprechung. In: Nawiasky-Festschrift. München 1956, S. 157 ff.
- : Zum "Lüth-Urteil" des Bundesverfassungsgerichts vom 15.1.1958. DöV 1958, S. 194 ff.
- Ebisch, Hellmuth: Wirtschaftsstrafgesetz 1954. Berlin 1959.
- Emmerich, Volker: Die höchstrichterliche Rechtsprechung zum Diskriminierungsverbot (§ 26 Abs. 2 GWB) (Teil I) Die Aktiengesellschaft 1976, S. 93 ff.
- : Wettbewerbsrecht. 2. Aufl. München 1976.
- Engisch, Karl: Einführung in das juristische Denken. 5. Aufl. Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1971.

Erichsen, Harald: Die Rechtsgrundlage des Einwands der Abwehr im Wettbewerb und die Grenzen seiner Anwendbarkeit unter besonderer Berücksichtigung der höchstrichterlichen Rechtsprechung. GRUR 1958, S. 425 ff.

Eser, Albin: Wahrnehmung berechtigter Interessen als allgemeiner Rechtfertigungsgrund. Bad Homburg/Berlin/Zürich 1969.

v. Falckenstein, Roland: Die Bekämpfung unlauterer Geschäftspraktiken durch Verbraucherverbände. Köln 1977

Faller, Hans Joachim: Das Analogieverbot im Wirtschaftsstrafrecht. DB 1972, S. 1757 ff.

- : Zur Deliktsfähigkeit bei kartellrechtlichen Ordnungswidrigkeiten. In: Heusinger-Ehrengabe. München 1968, S. 315 ff.

Felix, Günther: Konkurrenz zwischen Betrug und Steuerhinterziehung. NJW 1968, S. 1219 ff.

Fezer, Gerhard: Die persönliche Freiheit im System des Rechtsgüterschutzes. JZ 1974, S. 599 ff.

- : Zur jüngsten Auseinandersetzung um das Rechtsgut des § 240 StGB. GA 1975, S. 353 ff.

Fikentscher, Wolfgang: Das Recht am Gewerbebetrieb (Unternehmen) als "sonstiges Recht" im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB in der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs. In: Kronstein-Festgabe. Karlsruhe 1967, S. 261 ff.

- : Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz. München/Berlin 1958.

Franzen, Klaus/Gast-de Haan, Brigitte/Samson, Erich: Steuerstrafrecht mit Steuerordnungswidrigkeitenrecht. 2. Aufl. München 1978.

Frank, Reinhard: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 18. Aufl. Tübingen 1931.

Frankfurter Kommentar. - Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen. Köln 1958 - (Loseblatt-Ausgabe: Stand Juli 1978).

Franzheim, Horst: Zur strafrechtlichen Relevanz von Individual- und Sozialethik. GA 1962, S. 129 ff.

Geerds, Friedrich: Einzelner und Staatsgewalt im geltenden Strafrecht. Bad Homburg v. d. H./Berlin/Zürich 1969.

- : Probleme der Wirtschaftskriminalität und ihrer Bekämpfung. Kriminalistik 1968, S. 234 ff., 300 ff., 356 ff.
- : Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht. Hamburg 1961.

Geilen, Gerd: Der Tatbestand der Parlamentsnötigung. Bonn 1957.

- : Lebensgefährdende Drohung als Gewalt in § 251 StGB? JZ 1970, S. 521 ff.
- : Neue Entwicklungen beim strafrechtlichen Gewaltbegriff. In: H. Mayer-Festschrift. Berlin 1966, S. 445 ff.

Gemeinschaftskommentar. - Müller-Henneberg, Hans/Schwartz Gustav (Hrsg.): Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und europäisches Kartellrecht. 3. Aufl. Köln/Berlin/Bonn/München 1972 - (Einzellieferungen: Stand 11. Lfg. 1978).

v. Godin, Hans Frh.: Wettbewerbsrecht. 2. Aufl. Berlin 1974.

Göhler, Erich: Gesetz über Ordnungswidrigkeiten. 5. Aufl. München 1977.

Groeben, Hans von der/Boeck, Hans von/Thiesing, Jochen: Kommentar zum EWG-Vertrag. Baden-Baden 1974.

Grossfeld, Bernhard: Praxis des internationalen Privat- und Wirtschaftsrechts. Reinbek bei Hamburg 1975.

Gutzler, Helmut: Gelöste und ungelöste Fragen der Lieferverweigerung. BB 1966, S. 390 ff.

Gutzler, Helmut/Nölkensmeier, Horst: Das Bußgeldverfahren in Kartellsachen nach dem neuen Gesetz über Ordnungswidrigkeiten. WRP 1969, S. 1 ff.

- Hansen, Uwe: Die tatbestandliche Erfassung von Nötigungs-
unrecht. Baden-Baden 1972.
- Hassemer, Winfried: Theorie und Soziologie des Verbrechens,
Frankfurt a. M. 1973.
- v. Heintschel-Heinegg, Bernd: Die Gewalt als Nötigungsmittel
im Strafrecht. Iur. Diss. Regensburg 1975.
- Helle, Ernst: Boykott und Meinungskampf. NJW 1964, S.
1497 ff.
- Helm, Horst: Das Kartellrecht in der Wirtschaftspraxis.
2. Aufl. Heidelberg 1977.
- Henkel, Heinrich: Recht und Individualität. Berlin 1958.
- Herzberg, Rolf Dietrich: Die Unterlassung im Strafrecht
und das Garantenprinzip. Berlin/New York 1972.
- Hesse, Konrad: Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundes-
republik Deutschland. 9. Aufl. Karlsruhe 1976.
- v. Hippel, Eike: Verbraucherschutz. Tübingen 1974.
- Hirsch, Hans Joachim: Ehre und Beleidigung. Karlsruhe
1967.
- : Soziale Adäquanz und Unrechtslehre. ZStW Bd. 74 (1962,
S. 78 ff.
 - : Literaturbericht. Strafrecht Besonderer Teil (II. Teil)
ZStW Bd. 82 (1970), S. 411 ff.
 - : Die Notwehrvoraussetzung der Rechtswidrigkeit des An-
griffs. In: Dreher-Festschrift. Berlin/New York 1977,
S. 211 ff.
- Honig, Richard: Strafloße Vor- und Nachtat. Leipzig 1927.
- Hübner, Klaus: Außerkartellrechtliche Einschränkungen des
Kartellverbots. Köln/Berlin/Bonn/München 1971.
- Hueck, Alfred/Nipperdey, Hans Carl: Lehrbuch des Arbeits-
rechts. Bd. 2, Halbb. 2. 7. Aufl. Berlin 1970.

Ipsen, Hans Peter: Kartellrechtliche Preiskontrolle als Verfassungsfrage. Baden-Baden 1976.

Jaeger, Herbert: Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten. Stuttgart 1957.

Jakobs, Günther: Nötigung durch Drohung als Freiheitsdelikt. In: Peters-Festschrift. Tübingen 1974, S. 69 ff.

Jellinek, Georg: Die sozioethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe. 2. Aufl. Berlin 1908.

Jellinek, Walter: Verwaltungsrecht. 3. Aufl. Berlin 1931.

Jescheck, Hans-Heinrich: Das deutsche Wirtschaftsstrafrecht. JZ 1959, S. 457 ff.

- : Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil. 3. Aufl. Berlin 1978.

- : Strafrecht im Wandel. öJZ 1971, S. 1 ff.

Joliet, René: Der Begriff der mißbräuchlichen Ausnutzung in Art. 86 EWG-Vertrag. Europarecht 1973, S. 97 ff.

Kaiser, Günther: Kriminologie. 3. Aufl. Karlsruhe 1976.

Kartte, Wolfgang: Zum Boykott des § 26 Abs. 1 GWB: Persönlicher Schutzbereich, Verbandsboykott, anderweitige Schutzvorschriften. WuW 1961, S. 170 ff.

Kartte, Wolfgang/v. Portatius, Alexander: Kriminalisierung des Kartellrechts? BB 1975, S. 1169 ff.

Kaufmann, Armin: Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte. Göttingen 1959.

Kaufmann, Arthur: Tatbestand, Rechtfertigungsgründe und Irrtum. JZ 1956, S. 393 ff.

Klug, Ulrich: Zum Begriff der Gesetzeskonkurrenz. ZStW Bd. 68 (1956), S. 399 ff.

Knodel, Klaus Dieter: Der Begriff der Gewalt im Strafrecht. München/Berlin 1962.

v. Köller, Karsten: Meinungsfreiheit und unternehmensschädigende Äußerung. Berlin 1971.

- Koffka, Else: Rezension zu Knodel, Der Begriff der Gewalt im Strafrecht. JR 1964, S. 39.
- Kohlmann, Günter: Steuerstraft- und Ordnungswidrigkeitenrecht einschließlich Verfahrensrecht. 2. Aufl. Köln- (Loseblattsammlung: Stand August 1978).
- Krey, Volker: Probleme der Nötigung mit Gewalt - dargestellt am Beispiel des Fluglotsenstreiks. JuS 1974, S. 418 ff.
- Krückmann, Paul: Der Boykott im Lohnkampf. Zugleich eine Untersuchung zum Erpressungsbegriff. Leipzig 1918.
- Krümpelmann, Justus: Die Bagatelldelikte. Berlin 1966.
- Kunert, Karl Heinz: Die normativen Merkmale der strafrechtlichen Tatbestände. Berlin 1958.
- Lackner, Karl: Strafgesetzbuch mit Erläuterungen. 12. Aufl. 1978.
- Lampe, Ernst-Joachim: Betriebssabotage. ZStW Bd. 89 (1977), S. 325 ff.
- : Rechtsgut, kultureller Wert und individuelles Bedürfnis. In: Welzel-Festschrift. Berlin/New York 1974, S. 151 ff.
- Lange, Richard: Artikel Wirtschaftsstrafrecht. In: HdSW Bd. 12 (1965), S. 254 ff.
- : Die notwendige Teilnahme. Berlin 1940.
- Langen, Eugen/Niederleithinger, Ernst/Schmidt, Ulrich: Kommentar zum Kartellgesetz. 5. Aufl. Neuwied/Darmstadt 1977.
- Lang-Hinrichsen, Dietrich: Verbandsunrecht. In: Hellmuth Mayer-Festschrift. Berlin 1966, S. 49 ff.
- Larenz, Karl: Methodenlehre der Rechtswissenschaft. 3. Aufl. Berlin/Heidelberg/New York 1975.
- Lehmann, Oswald: Die Wettbewerbsbeschränkung. Köln/Berlin 1956.

- Leipziger Kommentar. - Baldus, Paulheinz/Willms, Günther (Hrsg.): Strafgesetzbuch. 9. Aufl. Berlin/New York 1974.
- Leipziger Kommentar. - Jescheck, Hans-Heinrich/Ruß, Wolfgang/Willms, Günther (Hrsg.): Strafgesetzbuch. 10. Aufl. Berlin/New York 1978 (hiervon zit. Bearbeiter Tiedemann, Tröndle und Vogler).
- Leistner, Ulrich Karl: Strafrechtliche Aspekte im Kartellrecht. Iur. Diss. Gießen 1972.
- Lenckner, Theodor: Wertausfüllungsbedürftige Begriffe im Strafrecht und der Satz "nullum crimen sine lege". JuS 1968, S. 249 ff., 304 ff.
- Lerche, Peter: Zur verfassungsgerichtlichen Deutung der Meinungsfreiheit (insbesondere im Bereiche des Boykotts). In: Müller-Festschrift. Tübingen 1970, S. 197 ff.
- v. Liszt, Franz: Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge. Bd. 1. Berlin 1905.
- Löhr, Marlies: Boykottaufruf und Recht auf freie Meinungsäußerung. WRP 1975, S. 581 ff.
- Lüderssen, Klaus: Zum Strafgrund der Teilnahme. Baden-Baden 1967.
- Lutz, Helmuth: Strafrechtliche Verantwortung bei Verstößen gegen das Kartellgesetz. WuW 1976, S. 69 ff.
- Maiwald, Manfred: Bestimmtheitsgebot, tatbestandliche Typisierung und die Technik der Regelbeispiele. In: Gallas-Festschrift. Berlin/New York 1973, S. 137 ff.
- Marx, Michael: Zur Definition des Begriffs "Rechtsgut". Köln/Berlin/Bonn/München 1972.
- Marx, Thomas: Wettbewerbsrecht. Berlin 1978.
- Maschke, Erich: Boykott, Sperre und Aussperrung. Jena 1911.
- Maunz, Theodor: Deutsches Staatsrecht. 22. Aufl. München 1978.
- Maunz, Theodor/Dürig, Günter/Herzog, Roman/Scholz, Rupert: Grundgesetz. 3 Bde. - (Loseblattausgabe: Stand Juni 1978) München.
- Maurach, Reinhart: Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil. 4. Aufl. Karlsruhe 1971.

- : Deutsches Strafrecht. Besonderer Teil. 5. Aufl.
Karlsruhe 1969 mit Nachtrag I 1970 und II 1971.

Maurach, Reinhart/Schroeder, Friedrich-Christian: Strafrecht. Besonderer Teil. 6. Aufl. des von Reinhart Maurach begründeten Werkes. Teilbd. 1. Karlsruhe 1977.

Maurach, Reinhart/Zipf, Heinz: Strafrecht. Allgemeiner Teil. 5. Aufl. des von Reinhart Maurach begründeten Werkes. Teilbd. 1. Karlsruhe 1977.

Mayer, Hellmuth: Strafrecht. Allgemeiner Teil. Stuttgart/Köln 1953.

- : Strafrecht. Allgemeiner Teil (Studienbuch). Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1967.

Mestmäcker, Ernst Joachim: Europäisches Wettbewerbsrecht. München 1974.

Mezger, Edmund: Strafrecht. München/Leipzig 1931.

Möhring, Philipp: Die Analogie im Kartellrecht. GRUR 1968, S. 541 ff.

Müller, Heinz/Giessler, Peter/Scholz, Ulrich: Kommentar zum GWB. 3. Aufl. Frankfurt a. M. 1974 - (Loseblatt-Ausg.: Stand April 1978)

Müller-Dietz, Heinz: Zur Entwicklung des strafrechtlichen Gewaltbegriffs. GA 1974, S. 33 ff.

- : Zur Problematik verfassungsrechtlicher Pönalisierungsgebote. In: Dreher-Festschrift. Berlin/New York 1977, S. 97 ff.

Müller-Emmert, Adolf: Sozialschädlichkeit und Strafbarkeit. GA 1976, S. 291 ff.

v. Münch, Ingo (Hrsg.): Grundgesetz. Kommentar. Bd. 1. Frankfurt a. M. 1974.

Niederleithinger, Ernst: Das Umgehungsverbot des § 25 Abs. 1 GWB bei vertikalen Preisempfehlungen. NJW 1964, S. 1936 ff.

Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission. Bd. 8. Bonn 1959.

- Niese, Werner: Streik und Strafrecht. Tübingen 1954.
- Nikisch, Arthur: Arbeitsrecht. Bd. 2. 2. Aufl. Tübingen 1959.
- Nipperdey, Hans Carl: Wettbewerb und Existenzvernichtung, Berlin 1930.
- OECD-Report: Refusal to Sell. Paris 1969.
- OECD-Report: Restrictive Practices of Multinational Enterprises. Paris 1977.
- Oertmann, Paul: Der politische Boykott. Berlin 1925.
- Otto, Harro: Rechtsgutsbegriff und Deliktstatbestand. In: Heinz Müller-Dietz (Hrsg.), Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik. Köln/Berlin/Bonn/München 1971, S. 1 ff.
- Polzius, Josef: Zulässigkeit und Grenzen des wirtschaftlichen Boykotts. Iur. Diss. Köln 1961.
- Raisch, Peter: Normqualität und Durchsetzbarkeit wirtschaftsrechtlicher Regelungen. ZHR Bd. 128 (1966), S. 161 ff.
- Rebmann, Kurt/Roth, Werner/Herrmann, Siegfried: Gesetz über Ordnungswidrigkeiten. Stuttgart (Loseblatt-Ausg. Stand Juli 1978).
- Redeker, Konrad: Anmerkung zu dem Urteil des LG Stuttgart v. 5.10.1955 (AZ: Q 24/54). NJW 1956, S. 1073 f.
- Reich, Norbert/Tonner, Klaus/Wegener, Hartmut: Verbrecher und Recht. Göttingen 1976.
- Reinhart, Gerd: Die vorsätzliche Zuwiderhandlung gegen das Kartellverbot. Köln/Berlin/Bonn/München 1963.
- Reuß, Wilhelm: Der sog. "Käuferstreik". Der Boykott als wirtschaftliches Kampfmittel. AcP 156 (1957), S. 89 ff.

Rinck, Gerd: Kritik und Boykott durch Verbraucherverbände. BB 1 1961, S. 613 f.

- : Wirtschaftsrecht. 5. Aufl. Köln/Berlin/Bonn/München 1977.

Rittner, Fritz: Die Ausschließlichkeitsbindungen in dogmatischer und rechtspolitischer Betrachtung. Düsseldorf 1957.

- : Die Tätigkeitsberichte 1971-1973 des Bundeskartellamts. WuW 1974, S. 737 ff.

- : Die sogenannte wirtschaftliche Betrachtungsweise in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs. Karlsruhe 1975.

Rotberg, Hans-Eberhard: Ordnungswidrigkeitengesetz. 5. Aufl. München 1975.

Rowedder, Heinz: Kartellrecht. Textsammlung. Heidelberg 1954.

Roxin, Claus: Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale. 2. Aufl. Hamburg 1970.

- : "Schuld" und "Verantwortlichkeit" als strafrechtliche Systemkategorien. In: Henkel-Festschrift. Berlin/New York 1974, S. 171 ff.

- : Täterschaft und Tatherrschaft. 3. Aufl. Berlin/New York 1975.

- : Verwerflichkeit und Sittenwidrigkeit als unrechtsbe gründende Merkmale im Strafrecht. JuS 1964, S. 373 ff.

Rudolphi, Hans-Joachim: Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz. Göttingen 1966.

- : Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs. In: Honig-Festschrift. Göttingen 1970, S. 151 ff.

Rudolphi, Hans-Joachim/Horn, Eckhard/Samson, Erich/Schreiber, Hans-Ludwig (Hrsg.): Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1. Allgemeiner Teil. 2. Aufl. 1977. Bd. 2. Besonderer Teil. - (Loseblattausgabe: Stand März 1978) Frankfurt a. M.

Säcker, Franz-Jürgen: Zielkonflikte und Koordinationsprobleme im deutschen und europäischen Kartellrecht. Düsseldorf 1972.

Sandrock, Otto: Das Analogieverbot im Wirtschaftsstrafrecht: Ergänzung und Erwidern zugleich. DB 1973, S. 265 ff.

- : Der Ausschluß von der Belieferung nach § 25 Abs. 1 GWB. Juristische Analysen 1970 (WR), S. 48 ff.
- : Die Liefersperre in kartell- und zivilrechtlicher Sicht. JuS 1971, S. 57 ff.
- : Grundbegriffe des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen. München 1968.

Sattler, Helmut: Die rechtliche Beurteilung der Boykott-erklärung. Iur. Diss. Erlangen-Nürnberg 1971.

Saver, Wilhelm: Allgemeine Strafrechtslehre. 3. Aufl. Berlin 1955

Sax, Walter: Grundsätze der Strafrechtspflege. In: Bettermann, Karl August/Nipperdey, Hans Carl/Scheuner, Ulrich: Die Grundrechte. Bd. III/2 Berlin 1959, S. 909 ff.

- : "Tatbestand" und Rechtsgutsverletzung. JZ 1976, S. 9 ff., 80 ff., 429 ff.

Schaffstein, Friedrich: Soziale Adäquanz und Tatbestandslehre. ZStW Bd. 72 (1960), S. 369 ff.

Schmidhäuser, Eberhard: Gesinnungsmerkmale im Strafrecht. Tübingen 1958.

- : Strafrecht. Allgemeiner Teil. 2. Aufl. Tübingen 1975.

Schmidt, Karsten: Kartellverfahrensrecht - Kartellverwaltungsrecht - Bürgerliches Recht. Köln/Berlin/Bonn/München 1977.

- : Vierte Kartellrechtsnovelle zwischen Effektivitäts- und Legitimationsproblemen. ZRP 1979, S. 38 ff.

Schmidt, Ingo: Us-amerikanische und deutsche Wettbewerbspolitik gegenüber Marktmacht. Berlin 1973.

Schmitt, Rudolf: Ordnungswidrigkeitenrecht. Dargestellt für den Bereich der Wirtschaft. Köln/Berlin/Bonn/München 1970.

- : Strafrechtliche Maßnahmen gegen Verbände. Stuttgart 1958.

XIII

- Schneider, Franz: Presse und Meinungsfreiheit nach dem Grundgesetz. München 1962.
- Schönke, Adolf/Schröder, Horst: Strafgesetzbuch. 19. Aufl. München 1978.
- Scholz, Rupert: Wirtschaftsaufsicht und subjektiver Konkurrentenschutz. Berlin 1971.
- Schroeder, Friedrich-Christian: Der Täter hinter dem Täter. Berlin 1965.
- : Die Veranlassung zur Prostitution mit Gewalt oder List (§ 181 Nr. 1 StGB). JR 1977, S. 357 ff.
- Schröder, Horst: Streik und Strafrecht. BB 1953, S. 1015 ff.
- Schwinge, Erich: Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht. Bonn 1930.
- Selmer, Peter: Verfassungsrechtliche Probleme einer Kriminalisierung des Kartellrechts. Köln/Berlin/Bonn/München 1977.
- Sieber, Ulrich: Computerkriminalität und Strafrecht. Köln/Berlin/Bonn/München 1977.
- Simitis, Konstantin: Verbraucherschutz, Schlagwort oder Rechtsprinzip? Baden-Baden 1976.
- Simson, Gerhard/Geerds, Friedrich: Straftaten gegen die Person und Sittlichkeitsdelikte in rechtsvergleichender Sicht. München 1969.
- Söllner, Alfred: Arbeitsrecht. 5. Aufl. Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1976.
- Spengler, Albrecht: Boykott-Probleme. WuW 1953, S. 195 ff.
- : Über die Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit von Wettbewerbsbeschränkungen. In: Kirschstein, Friedrich/Segelmann, Frank (Hrsg.): Rationalisierungskartelle und Syndikate. Düsseldorf 1960, S. 320 ff.
- : Wettbewerbsbeschränkungen durch Boykott. Der Betrieb. 1957, S. 1169 ff., 1193 ff.

Steindorff, Ernst: Einführung in das Wirtschaftsrecht der Bundesrepublik Deutschland. Darmstadt 1977.

- : Politik des Gesetzes als Auslegungsmaßstab im Wirtschaftsrecht. In: Larenz-Festschrift. München 1973, S. 217 ff.
- : Zweckmäßigkeit im Wettbewerbsrecht. Frankfurt a. M. 1959.

Stratenwerth, Günther: Strafrecht. Allgemeiner Teil I. Die Straftat. 2. Aufl. Köln/Berlin/Bonn/München 1976

Strickrodt, Georg: Die Problematik der Anknüpfung von Bußgeldfolgen an den Tatbestand des § 1 GWB. WuW 1960, S. 825 ff.

Tagungsberichte der Sachverständigenkommission zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität. Bd. VIII (1974 ersch. 1975), Bd. X (1976), Bd. XIV (1978), Bonn.

Thomas, Sven: Perspektiven der Anwendung strafrechtlicher Tatbestände bei kartellrechtlichen Verstößen. WuW 1974, S. 20 ff.

Tiedemann, Klaus: Bemerkungen zur Rechtsprechung in den sog. Demonstrationsprozessen. JZ 1969, S. 717 ff.

- : Die Fortentwicklung der Methoden und Mittel des Strafrechts. ZStW Bd. 86 (1974), S. 303 ff.
- : Grundfragen bei der Anwendung des neuen Konkursstrafrechts. NJW 1977, S. 777 ff.
- : Kartellrechtsverstöße und Strafrecht. Köln/Berlin/Bonn/München 1976.
- : Literaturbericht: Nebenstrafrecht einschließlich Ordnungswidrigkeitenrecht (Wettbewerbsrecht). ZStW Bd. 86 (1974), S. 990 ff.
- : Straftatbestand und Normambivalenz. In: Schaffstein-Festschrift. Göttingen 1975, S. 195 ff.
- : Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht. Tübingen 1969.
- : Welche strafrechtlichen Mittel empfehlen sich für eine wirksamere Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität? Gutachten C zum 49. DJT. München 1972.
- : Wettbewerb und Strafrecht. Karlsruhe/Heidelberg 1976.
- : Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität. 2 Bde. Reinbek bei Hamburg 1976.

Triebold, Klaus: Bildung eines Kartells als strafbare Handlung. WuW 1955, S. 48 ff.

- : Kartellsperre - Erpressung? WuW 1954, S. 178 ff.

Ulmer, Eugen: Das Recht des unlauteren Wettbewerbs in den Mitgliedstaaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft. Bd. 1. Vergleichende Darstellung. München/Köln 1965.

Ulmer, Eugen/Reimer, Dietrich: Das Recht des unlauteren Wettbewerbs in den Mitgliedstaaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft. Bd. 3. Deutschland. München/Köln 1968.

Ulmer, Peter: Der Begriff "Leistungswettbewerb" und seine Bedeutung für die Anwendung von GWB und UWG-Tatbeständen. GRUR 1977, S. 565 ff.

- : Die Anwendung des erweiterten Diskriminierungsverbots auf Markenartikelhersteller. BB 1975, S. 661 ff.

- : Überlegungen zur wirtschaftlichen Betrachtungsweise im Kartellrecht. WuW 1971, S. 878 ff.

Sina, Peter: Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs "Rechtsgut". Basel 1962.

v. Weber, Hellmuth: Vom Subsumtionsirrtum. GA 1953, S. 161 ff.

Weber, Max: Wirtschaft und Gesellschaft. 5. Aufl. Tübingen 1972.

Weick, Günter: Der Boykott zur Verfolgung nichtwirtschaftlicher Interessen. Frankfurt a. M. 1971.

Weinberger, Ota: Rechtslogik. Wien/New York 1970.

Welzel, Hans: Das deutsche Strafrecht. 11. Aufl. Berlin 1969.

- : Studien zum System des Strafrechts. ZStW Bd. 58 (1939), S. 491 ff.

Wessels, Johannes: Strafrecht. Besonderer Teil. Teil 1. 3. Aufl. Heidelberg/Karlsruhe 1978.

Würtenberger, Thomas: Das System der Rechtsgüterordnung in der deutschen Strafgesetzgebung seit 1532. Strafrechtliche Abhandlungen Heft 326 (1933), S. 13 ff.

Zipf, Heinz: Kriminalpolitik. Karlsruhe 1973.

Zuck, Rüdiger: Bundeskartellamt und Öffentlichkeit. NJW 1971, S. 1105 ff.

E I N L E I T U N G

I.

Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) verbietet den wirtschaftlichen Boykott: Nach § 26 Abs. 1 GWB dürfen Unternehmen und Vereinigungen von Unternehmen nicht ein anderes Unternehmen oder Vereinigungen von Unternehmen in der Absicht, bestimmte Wettbewerber unbillig zu beeinträchtigen, zu Liefersperren oder Bezugssperren auffordern

Der Gesetzgeber hat den Terminus "Boykott" in den Wortlaut dieses wettbewerbsrechtlichen Verbots nicht aufgenommen.¹⁾

Damit war er gut beraten. Die rechtliche Unschärfe des Boykottbegriffs ist nämlich notorisch und vielbeklagt. Mit "Boykott" wird im allgemeinen Sprachgebrauch ein gesellschaftliches Zwangsmittel umschrieben, das seit jeher höchst vielgestaltig in den unterschiedlichsten Lebensbereichen aufgetreten ist, wobei der wirtschaftliche Boykott im Wettbewerbskampf eher noch zu den jüngeren Erscheinungen zählt. Die Anschauung, nach Kant Voraussetzung aller Begrifflichkeit²⁾, ist aus diesem Grunde höchst diffus. Die Vielfältigkeit der Phänomene mußte zwangsläufig auch der Entwicklung einheitlicher phänomenologisch-deskriptiver Merkmale und der Herausbildung klarer begrifflicher Konturen abträglich sein.

1) Anders die westlichen Alliierten in ihrem Dekartellierungsrecht: Art. V 9 c 4 der bis 31.12.1957 geltenden amerikanischen und britischen MRG Nr. 56/MRV Nr. 78 verbietet den "Boykott oder die diskriminierende Behandlung von Herstellern, Grossisten, Verbrauchern oder anderen Personen zum Zwecke der Ausschaltung oder Verhinderung des Wettbewerbs". (Abgedruckt bei Rowedder, Kartellrecht (1954), S. 8).

2) "So fängt denn alle menschliche Erkenntnis mit Anschauung an, geht von da zu Begriffen und endigt mit Ideen" (Kritik der reinen Vernunft, hrsg. von Wilhelm Weischedel, 1956, S. 604).

Auch die rechtliche Bewertung von Boykottmaßnahmen offenbart je nach Epoche oder Bereich, in denen diese erfolgten, sowie nach den mit ihnen verfolgten Zwecken eine nur denkbar große Bandbreite. Gilt der Boykott für Max Weber aus rechtssoziologischer und -historischer Sicht in wenig entwickelten Gesellschaftsordnungen noch als Rechtszwangsmittel und damit als ein konstituierendes Element der Rechtsordnung¹⁾, richtet sich der Akzent aktueller juristischer Stellungnahmen auf seine Charakterisierung als Ordnungsverstoß und Rechtsverletzung. Damit verbindet sich zugleich der Ruf nach Prävention und Repression durch den Staat, also auch nach dem Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht. Auf der anderen Seite wiederum spannt sich institutionell ein Bogen von dem um die Jahrhundertwende wirken den "Boykottschutzverband"²⁾ bis zu dem rechtspolitischen Vorschlag aus neuerer Zeit, ein Verbraucherschutzamt mit der Vornahme von Boykottaufforderungen zu betrauen.³⁾

Bis heute hat der Boykottbegriff seinen "Chamäleon"⁴⁾ - Charakter und seine Unschärfe beibehalten. Er übt eine Suggestivkraft aus, vor der das Bundesverfassungsgericht

-
- 1) Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft* (5. Aufl.), S. 18, erachtet den organisierten Boykott als "Grenzfall der konventionellen Garantie einer Ordnung im Übergang zur Rechtsgarantie".
 - 2) Vgl. Maschke, *Boykott, Sperre und Aussperrung* (1911), S. 90 f.
 - 3) Vgl. Simitis, *Verbraucherschutz, Schlagwort oder Rechtsprinzip* (1976), S. 290.
 - 4) Lehnich, *Die Wettbewerbsbeschränkung, Eine Grundlegung* (1956), S. 273.

gewarnt hat,¹⁾ und dient eher als Schlagwort, als daß mit seiner Hilfe auch nur ein einigermaßen anschauliches und differenziertes Bild der einschlägigen Phänomenologie vermittelt würde. Um so mehr verweigert sich der Boykottbegriff zwangsläufig allen Bemühungen, aus ihm deduktiv konkrete Rechtsfolgen abzuleiten.

Die schon zahlreich zum Thema erschienenen Veröffentlichungen - zumal jüngeren Datums - mußten sich füglich von vornherein auf Einzelaspekte beschränken oder ihren Gegenstand umfänglichen Ausgrenzungen unterziehen.²⁾

Zu verschieden sind die einzelnen Phänomene nach Anlaß, Austragungsfeld, verfolgtem Zweck oder ihren Auswirkungen. Die "einfache" Liefersperre oder die Aufforderung hierzu als Mittel des Wettbewerbskampfes, politisch, weltanschaulich oder religiös motivierte Boykottmaßnahmen sowohl wirtschaftlicher als auch außerwirtschaftlicher Art, gezielte Aktivitäten im Interesse der Volksgesundheit oder zum Schutz der Verbraucher, Boykotts in Arbeitskämpfen oder die Nichtteilnahme an olympischen Spielen, die gesellschaftliche Ächtung einer Person oder Personengruppe - die Sachverhalte fügen sich zu keinem einheitlichen Gesamtbild. Selten vergeht ein Tag, ohne daß von "Boykottmaßnahmen" berichtet wird - und handele es sich auch nur darum, daß Kernkraftgegner die vollständige Begleichung ihrer Stromrechnung verweigern. Eine ge-

1) Vgl. BVerfGE 7, 198, 214.

2) Vgl. aus dem neueren Schrifttum insbesondere Weick, Der Boykott zur Verfolgung nichtwirtschaftlicher Interessen (1971); ferner Polzius, Zulässigkeit und Grenzen des wirtschaftlichen Boykotts (iur. Diss. Köln 1961) sowie Sattler, Die rechtliche Beurteilung der Boykottklärung (iur. Diss. Erlangen-Nürnberg 1971).

neralisierende Gesamtschau aller dieser Erscheinungen wäre nur auf Kosten ihrer tatsächlichen und rechtlichen Spezifika möglich und deshalb wenig ergiebig. Die "Anstrengung des Begriffs" ¹⁾ wäre hier in jedem Falle überfordert.

Selbst "der wirtschaftliche Boykott" kennzeichnet im allgemeinen und juristischen Sprachgebrauch kein zusammenhängendes Einzelphänomen oder einen geschlossenen rechtlichen Problemzusammenhang, sondern umschreibt lediglich eine Gemengelage von Einzelfragen im Spannungsverhältnis von Privatautonomie, Vertrags- und insbesondere Kontrahierungsfreiheit und Freiheit zum Wettbewerbskampf einerseits, Unternehmensschutz und verfaßter Wettbewerbsordnung andererseits.

Die Lieferverweigerung - zunächst nur ein Problem im Verhältnis zweier Parteien zueinander - unterscheidet sich nicht nur in der Zahl der Beteiligten von der Boykottveranlassung durch Andere. Das Hinzutreten Dritter verändert vielmehr auch die Maßstäbe zur rechtlichen Einschätzung. Aber auch nach der Subjektqualität der "Boykottparteien", dem Beeinflussungsmodus, nach Motiv oder Zweck kann die rechtliche Bewertung differieren. ²⁾

1) Hegel, Phänomenologie des Geistes (ed. Johannes Hoffmeister, Leipzig 1949), S. 48.

2) Diese Differenziertheit "des Boykotts" nach Lebensbereich und konkreter Ausprägung einerseits und in der rechtlichen Beurteilung andererseits ist im übrigen nicht nur Ausdruck der Aufspaltung einer Gesamtrechtsordnung in verselbständigte Teilrechtsgebiete. Im Grunde erweist sich hierin der wesensmäßige Unterschied zwischen unserer im Sinne Poppers "offenen Gesellschaft" und älteren (aber auch einigen neueren) weltlichen oder

Die vorliegende Untersuchung unternimmt aus diesen Gründen nicht den Versuch, die Gesamtheit aller Erscheinungen, die gemeinhin unter der Rubrik wirtschaftlicher Boykott zusammengefaßt werden, in ein System zu bringen. Statt dessen soll die gesetzliche Regelung in § 26 Abs. 1 GWB Ausgangs- und Schwerpunkt sein. Die Vernachlässigung von Randphänomenen wie des "Versperrens eines Ladens mit einer Mauer und anderen Formen totalen Boykotts" ¹⁾ wird dabei in Kauf genommen.

Bei § 26 Abs. 1 GWB handelt es sich um eine wettbewerbsrechtliche Spezialnorm, deren tatbestandliche Enge zudem noch allgemein gerügt wird. Immerhin wies bereits der namengebende Boykottvorfall in Irland ein Grundmuster auf, das sich in der gesetzlichen Regelung wiederfindet:

Charles C. Boycott, der Verwalter eines britischen Großgrundbesitzes in Irland, hatte sich durch sein Verhalten gegenüber den Pächtern in besonderem Maße verhaßt gemacht. Deshalb rief die irische "Landliga" dazu auf, in umfassender Weise alle wirtschaftlichen

hierokratischen "geschlossenen" Herrschaftssystemen. Dort berührten als Sanktion verhängte Boykottmaßnahmen die Existenz der Betroffenen zumeist in ihrer Totalität. So hatten zum Beispiel der Kirchenbann, die Schelte der Zünfte oder gar die Reichsacht einschneidende Auswirkungen für die soziale und wirtschaftliche (auch: physische) Existenz der damit Belegten. Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, S. 722, weist z.B. darauf hin, daß mit der Exkommunikation ursprünglich in der Regel der ökonomische Boykott verbunden war.

- 1) Vgl. Gössweiner-Saiko, Kartelldelikte. Wirtschaftskriminalistische Beiträge zur Phänomenologie der Kartellkriminalität. *Archiv für Kriminologie* 1978, 43, 44.

und gesellschaftlichen Beziehungen zu Boycott abzubauen. Dem Aufruf wurde in so konsequentem Maße Folge geleistet, daß Boycott sich zur Auswanderung gezwungen sah. 1)

Dem Sachverhalt lag somit schon die spezifische Dreier-Konstellation zugrunde, in der ein Boykottveranlasser (Verrufer) mittels Aufforderung andere dazu veranlaßt, mit einer bestimmten Person keine geschäftlichen Beziehungen (mehr) zu pflegen, oder dieses zu veranlassen versucht.

II.

Der Gesetzgeber des GWB hat den wirtschaftlichen Boykott durch § 38 Abs. 1 Nr. 8 in Verbindung mit § 26 Abs. 1 als Ordnungswidrigkeitstatbestand ausgestaltet. Die Einstufung des einschlägigen Verhaltens als Ordnungsunrecht ist freilich nicht so sehr Ausdruck einer Einschätzung des spezifischen Unwerts des Boykotts als eher gering, sondern vielmehr dadurch bedingt, daß das Gesetz in den §§ 38, 39 eine Vielzahl unterschiedlichster Kartellrechtsverstöße dem Ordnungswidrigkeitenrecht summarisch zuweist – was Baumann und Arzt zu dem kritischen Wort vom "Kartellordnungswidrig-

1) Vgl. v. Heckel, Der Boykott, Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik 3. F. X (1895), 486 f.; ferner Weick, Der Boykott zur Verfolgung nichtwirtschaftlicher Interessen, S. 15 m. weit. Nachw.

keitensalat" veranlaßt hat.¹⁾ Dieser Gesetzestech-
 nie, die den repressiven Bereich des Rechts der Wettbewerbs-
 beschränkungen als Annex behandelt, entspricht die
 Schwerpunktsetzung bei der wissenschaftlichen Befassung
 mit der Materie. Während die Erörterung von § 26 Abs. 1
 GWB als materiell-wettbewerbsrechtlichem Verbot in der
 Kommentarliteratur²⁾ sowie in monographischen Darstel-
 lungen³⁾ und im Aufsatzschrifttum⁴⁾ breiten Raum ge-
 funden hat, gilt für den repressiven Aspekt die Fest-
 stellung Tiedemanns, daß "die Durchdringung des Kartell-
 rechts mit Hilfe strafrechtlicher oder ordnungswidrig-
 keitenrechtlicher (verwaltungsstrafrechtlicher) Kate-
 gorien ... weitgehend fehlt".⁵⁾

Dieser Zustand befriedigt schon de lege lata nicht. Im
 Hinblick auf die aktuelle rechtspolitische Diskussion
 über Notwendigkeiten und Möglichkeiten einer Kriminali-

1) Baumann/Arzt, Kartellrecht und allgemeines Strafrecht
 ZHR Bd. 134 (1970), S. 24, 33.

2) Vgl. insbesondere Benisch, in: Gemeinschaftskommentar
 § 26 Abs. 1 (3. Aufl. 4. Lieferung 1973 und 9. Liefe-
 rung 1976) sowie Frankfurter Kommentar § 26; aber
 auch Langen/Niederleithinger/Schmidt § 26 und Müller/
 Giessler/Scholz § 26.

3) Vgl. vor allem Ingo Schmidt, US-amerikanische und
 deutsche Wettbewerbspolitik gegenüber Marktmacht
 1973) und auch Belke, Die Geschäftsverweigerung im
 Recht der Wettbewerbsbeschränkungen (1966).

4) Erwähnt seien hier aus dem neueren Schrifttum vor al-
 lem Kartte, Zum Boykottverbot des § 26 Abs. 1 GWB:
 persönlicher Schutzbereich, Verbandsboykott, ander-
 weitige Schutzvorschriften, WuW 1961, 170 ff.; Sand-
 rock, Die Liefersperre in kartell- und zivilrechtli-
 cher Sicht, JuS 1971, 57 ff.

Die zahlreichen anderen Beiträge können aus Raumgrün-
 den nur im Zusammenhang der einzelnen Probleme berück-
 sichtigt werden.

5) Tiedemann,

sierung einzelner gravierender Kartellrechtsverstöße¹⁾ erlangen die straf- und ordnungswidrigkeitenrechtlichen Probleme jedoch noch gesteigertes Gewicht. Anlaß zu rechtspolitischen Überlegungen besteht nur dann, wenn sich geltendes Recht als unzulänglich erweist. Aus strafrechtlicher Sicht fragt sich, ob ein etwa bestehendes Repressionsdefizit seine Ursache in einem zu engen Wortlaut des gegenwärtigen Boykotttatbestandes sowie der Unanwendbarkeit der Normen des allgemeinen Strafrechts auf die gravierenden Fälle hat, oder aber nur auf unnötig restriktiver Gesetzesauslegung beruht, welche jedenfalls die Garantiefunktion des Strafgesetzes nicht fordert. In Verbindung damit muß die Anschauung des "Unrechtsprofils" der Verstöße die Überlegung beantworten helfen, ob die

-
- 1) Vgl. z.B. Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Besonderer Teil, Straftaten gegen die Wirtschaft (1977) Tagungsberichte der Sachverständigenkommission zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität Bd. 8 (1974, erschienen 1975) sowie vor allem Bd. 10 (1976); Tiedemann, Kartellrechtsverstöße und Strafrecht (1976); ders., Wettbewerb und Strafrecht (1976). Dagegen Karte/von Portatius, Kriminalisierung des Kartellrechts?, BB 1975, 1169 ff.; Selmer, Verfassungsrechtliche Probleme einer Kriminalisierung des Kartellrechts (1977).

Daß leider eine affektive Aufladung der Diskussion den Blick für eine differenzierende Betrachtung beeinträchtigt, äußert sich bereits in der Terminologie, wenn unzulässig verallgemeinernd und sprachlich unzulänglich von "der Kriminalisierung des Kartellrechts" die Rede ist.

Einen ersten Schritt auf dem Wege zur punktuellen Erfassung einzelner gravierender Verhaltensweisen unternimmt der unlängst vorgelegte Referentenentwurf eines 2. Gesetzes zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität vom 20.10.1978, welcher einen Tatbestandsvorschlag für die Kriminalisierung von Submissionsabsprachen unterbreitet.

gegenwärtige ausnahmslose Einstufung der Boykottdelinquenz als Ordnungswidrigkeitenunrecht nicht offenkundig kriminalstrafwürdiges Verhalten unberücksichtigt läßt; insoweit stellt sich zugleich die Aufgabe einer Typisierung.

Die vorliegende Untersuchung widmet diesen Problemzusammenhängen ihr besonderes Augenmerk.

III.

Dieser Schwerpunktsetzung gemäß bleiben im weiteren Gang der Darstellung vor allem die ältere Gesetzgebung¹⁾ und Rechtsprechung zu den verschiedensten Boykottphänomenen weitgehend unberücksichtigt. Die Beschränkung der Untersuchung auch der neueren Erscheinungen²⁾ im Blick auf

1) Vgl. Art. 9 der Kartellverordnung von 1923. Dazu Böhm, Wettbewerb und Monopolkampf (1933), S. 193 ff.; Kestner-Lehnick, Der Organisationszwang (1927), S. 98 ff.; Rasch, Die Kartellsperre (1938), S. 7 ff. Aus dem neueren Schrifttum hierzu Belke, Die Geschäftsverweigerung im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen (1966), S. 288 ff.; Frankfurter Kommentar § 26 Tz. 6

2) Einen anschaulichen und gedrängten Überblick über ältere Boykottphänomene, ihre Entwicklung und rechtliche Behandlung vermittelt im neueren Schrifttum Weick, Der Boykott zur Verfolgung nichtwirtschaftlicher Interessen (1971), S. 15 ff.

Aus dem älteren, vornehmlich den Boykott im Arbeitskampf betreffenden Schrifttum vgl. Jungbluth, Der Schutz der Gewerbebetriebe gegen Boykottaufforderungen der Arbeitnehmerverbände (1911) (insbesondere zu § 153 Gewerbeordnung); Krückmann, Der Boykott im Lohnkampf (1918); Maschke, Boykott, Sperre und Aussperrung (1911); Oertmann, Der politische Boykott (1925).

§ 38 Abs. 1 Nr. 8 in Verbindung mit § 26 Abs. 1 GWB und dessen Randbereiche ist aus den eingangs erwähnten Gründen gleichfalls unvermeidbar und kann angesichts des ohnehin "fragmentarischen Charakters"¹⁾ auch eines zukünftigen Strafrechts leicht hingenommen werden. Unser Thema ist lediglich der wirtschaftliche Boykott als Verstoß gegen die Wettbewerbsordnung unter dem besonderen Gesichtspunkt seiner Erfassung durch das Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht. Aufgrund der Bedeutung des ökonomischen - und folglich auch einer funktionierenden Wettbewerbsordnung - für die menschliche Existenz bildet der hier ausgewählte Bereich freilich einen Schwerpunkt aller Boykottprobleme. Dem steht auch nicht entgegen, daß § 26 Abs. 1 GWB einen Sondertatbestand nur für "Unternehmen" darstellt. Der Kreis der unternehmerischen Normadressaten wird zum einen vom Wettbewerbsrecht sehr weit umrissen, zum anderen erfolgt in unserer Wirtschaftsordnung nahezu jegliche Wirtschaftstätigkeit "unternehmerisch".

Außer Betracht bleiben aber sämtliche Formen religiös inspirierten oder gesellschaftlichen, weltanschaulich politisch oder sonstwie²⁾ motivierten Boykotts, sofern diese

1) Vg. dazu Jescheck, AT, S. 40 mit Nachw.

2) Selbst Belange des Tierschutzes können zum Boykottaufruf veranlassen, vgl. OLG Frankfurt WuW/E OLG 991 (Seehundmäntel); vgl. weiter die zahlreichen Beispiele bei Benisch, in: Gemeinschaftskommentar § 26 Abs. 1 Rn. 23 (a.E.) und Weick, Der Boykott zur Verfolgung nichtwirtschaftlicher Interessen, S. 16 f., 25 ff.

nicht auch Bezug zum Wettbewerbsrecht aufweisen. Desgleichen findet der Boykott im Arbeitskampf trotz dessen ausgeprägt ökonomischen Charakters keine Berücksichtigung.¹⁾ Die weitgehende Verselbständigung, die die Arbeitsrechtsordnung erfahren hat, rechtfertigt dies. Dagegen wird dem Boykott im Verbraucherinteresse wegen seiner erheblichen möglichen Auswirkungen auf den Marktmechanismus in Form eines Exkurses Aufmerksamkeit gewidmet.

Somit sollen zunächst die Erscheinungsformen von Verstößen gegen § 26 Abs. 1 GWB sowie wettbewerbsbeschränkendes Verhalten in dessen Randbereichen dargestellt werden. Die kartellbehördliche Repressionstätigkeit steht dabei im Vordergrund. Die Schilderung der Sachverhalte verbindet sich mit dem Versuch einer Typisierung.

Darauf werden grundrißhaft die Normen des Wettbewerbs- und des Zivilrechts dargestellt, die für den wirtschaftlichen Boykott einschlägig sind. § 26 Abs. 1 GWB steht hierbei wiederum im Vordergrund. Die verfassungsrechtlichen, ordnungswidrigkeiten- und strafrechtlichen Aspekte

1) Seine tatsächliche Bedeutung ist in der Bundesrepublik Deutschland, anders als z.B. in Großbritannien, sehr gering. Der Boykott im Arbeitskampf wird grundsätzlich für zulässig erachtet, vgl. Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd. II 2 (7. Aufl. 1970), S. 909 ff.; Nikisch, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd. 2 (2. Aufl. 1959), S. 99 f.; Söllner, Arbeitsrecht (5. Aufl. 1976), S. 70.

des Ordnungswidrigkeitstatbestandes des § 38 Abs. 1 Nr. 8 in Verbindung mit § 26 Abs. 1 GWB erfahren anschließend vertiefte Aufmerksamkeit.

Hierauf soll die verbreitet aufgestellte These überprüft werden, nach welcher gravierende Fälle des Boykotts schon mit den Mitteln des Kernstrafrechts, insbesondere dem Nötigungstatbestand, bewältigt werden könnten, und es so einer speziellen Kriminalisierung nicht bedürfe. Wie sich dabei zeigen wird, ist der allgemeine Nötigungstatbestand trotz seiner Weite zur Bekämpfung von Boykottdelinquenz weitgehend ungeeignet, da er seiner Struktur nach auf deren spezifische Unrechtssachverhalte nicht anwendbar ist. Das gesetzessystematische Verhältnis von Kartellordnungswidrigkeit und Straftat beschließt diesen Teil der Untersuchung.

Die nachfolgende Stellungnahme zu den Rechtsgütern, die durch Boykottmaßnahmen betroffen sein können, und zur Sozialschädlichkeit der einschlägigen Rechtsgutsverletzungen liefert dann, zusammen mit den vorausgegangenen Befunden, die Basis für rechtspolitische Überlegungen.

Alternativen für die Änderung des gegenwärtigen Ordnungswidrigkeitstatbestandes sowie für einen neuen Straftatbestand des Wirtschaftlichen Boykotts sollen am Schluß der Untersuchung als Beitrag für die weitere Diskussion angeboten werden.

1. KAPITEL ERSCHEINUNGSFORMEN DES WIRTSCHAFTLICHEN BOYKOTTS

Eine jegliche Beurteilung der gegenwärtigen Bewältigung des wirtschaftlichen Boykotts durch das GWB, aber auch alle Überlegungen im Hinblick auf eine Kriminalisierung gravierender einschlägiger Verstöße bedürfen als Grundlage zunächst der Anschauung. Nur diese vermittelt nämlich sachgerechte Kriterien für eine Kritik der *legis lata* und rechtspolitische Reformüberlegungen.¹⁾

Die Tätigkeitsberichte und Presseinformationen²⁾ der Kartellbehörden sowie die Entscheidungen der Kartellsecrete der Oberlandesgerichte, namentlich des Kammergerichts, und des Bundesgerichtshofs liefern hierfür eine Fülle reichen Anschauungsmaterials.

Indem sich unsere Darstellung der Phänomenologie an der kartellbehördlichen Praxis orientiert, unterwirft sie sich zwar notwendig einer dadurch vorgegebenen Selektion. Die hierdurch möglicherweise herausgeforderten methodologischen Bedenken – vor allem im Hinblick auf die Dunkelfeldproblematik³⁾ – relativieren sich jedoch in mehrerlei Hinsicht:

1) Vgl. zum Gesamtbereich der Kartelldelinquenz insoweit Tiedemann, Kartellrechtsverstöße S. 59 (ff.).

2) Teilweise kritisch gegenüber einer zu extensiven Publizitätspraxis Rittner, WuW 1974, 737, 739 f.; Tiedemann, Kartellrechtsverstöße S. 37; Zuck, NJW 1971, 1105 f.

3) Vgl. zusammenfassend Kaiser, Kriminologie (3. Aufl. 1976), S. 172 ff. m. weit. Nachw.

Zum einen liegt die Verfolgung von Boykottordnungswidrigkeiten in der Zuständigkeit einer zentralen Bundes- bzw. zentraler Landeskartellbehörden, was Zufälligkeiten oder Beliebigkeiten bei der Sichtung aufgetretener Fälle auf Grund mangelnden Informationsflusses wenig wahrscheinlich macht, weshalb mit Tiedemann¹⁾ davon ausgegangen werden kann, daß im Bereich der Kartell-delinquenz die Schwierigkeiten der Materialbeschaffung und des Dunkelfeldes "weniger gravierend als in anderen Bereichen der Wirtschaftsdelinquenz" sind. Im Falle des öffentlichen Boykottaufrufs, z.B. über Verbandspublikationen, tritt hinzu, daß dieser schon seinem Wesen nach auch staatlichen Instanzen leicht zur Kenntnis gelangt.

Gleichwohl belegen die Äußerungen der Kartellbehörden, daß auch beim Boykott von einer beträchtlichen Dunkelziffer ausgegangen werden muß.²⁾ Als Ursache hierfür wird zum einen erwähnt, daß Boykottaufrorderungen zumeist in mündlicher Form gemacht werden. Dies erschwert naturgemäß im Ordnungswidrigkeitenverfahren die Erbringung des hinreichenden Tatnachweises. Zudem ist offensichtlich bei den zu Bezugs- und Liefersperren aufgeforderten

1) Tiedemann, Kartellrechtsverstöße S. 59.

2) Vgl. Bericht des Ministeriums für Wirtschaft, Mittelstand und Verkehr Baden-Württemberg zum Staatshaushaltsplan 1979 (1978), S. 34 f.; Tätigkeitsbericht des Ministers für Wirtschaft, Mittelstand und Verkehr des Landes Nordrhein-Westfalen für den Zeitraum vom 1.9.1976 bis 31.12.1977 (1978), S. 101.

Unternehmen die Bereitschaft wenig ausgeprägt, bei der Sachverhaltsaufklärung mitzuwirken. Die Landeskartellbehörde Nordrhein-Westfalen führt diesen Umstand darauf zurück, daß es Anhaltspunkte dafür gebe, "daß sich Unternehmen, an die Boykottaufrufe gerichtet wurden, häufig aus Gründen wirtschaftlicher Abhängigkeit nicht an die Kartellbehörden wandten".¹⁾

Die verrufenen Unternehmen hingegen beschränken sich in einer großen Zahl der Fälle darauf, über den zumal unter Kosten- und Beweisgesichtspunkten einfacheren Weg zivilrechtlicher Maßnahmen auf (Wieder-)Belieferung hinzuwirken.²⁾

Diese Umstände erlauben freilich nur den Schluß, daß der Boykott im Wirtschaftsleben sogar noch häufiger auftritt als die Ergebnisse der einschlägigen Verfolgungspraxis ohnehin vermuten ließen.

Daneben muß auch beachtet werden, daß die enge gesetzliche Ausgestaltung des Boykotttatbestandes sowie dessen einschränkende Interpretation durch Lehre und Praxis erhebliche Beweisschwierigkeiten mit sich bringen. Vor allem die vom Gesetz als "Absicht" umschriebene innere Tatseite und der unbestimmte Rechtsbegriff der Unbilligkeit stellen Behörden und Gerichte vor häufig kaum überwindbare Hindernisse³⁾, so daß zahlreiche Verfahren mit einer Einstellung enden.

1) Tätigkeitsbericht a.a.O. (S. 14 Fn. 2), S. 102.

2) Vgl. Tiedemann, Kartellrechtsverstöße S. 17, 125.

3) Vgl. außer den vorerwähnten Äußerungen dazu Bayerisches Staatsministerium für Wirtschaft und Verkehr als Landeskartellbehörde, Kartellbericht 1974, S. 51.

In diesem Zusammenhang erweist sich andererseits für die Zwecke unserer Materialsichtung als vorteilhaft, daß die Kartellbehörden sich in ihrer Berichterstattung ohnehin nicht auf eine Mitteilung nur derjenigen Verfahren beschränken, die mit rechtskräftigen Bußgeldentscheidungen abgeschlossen wurden. Insbesondere das Bundeskartellamt nimmt - aus rechtspolitischer Intention - auch explizit zu nicht vom Normbereich des gegenwärtigen Boykottverbots erfaßten Vorkommnissen Stellung. Dieser Verzicht auf eine positiv-rechtliche verengte Darstellung ermöglicht auch uns eine erweiterte Schau. Die in den Tätigkeitsberichten praktizierte Form der Gesamtdarstellung aller kartellrechtswidrigen Verhaltensweisenⁿ öffnet insofern auch den Blick auf dem Boykott benachbarte Phänomene und flankierende Maßnahmen (Fälle mit "Boykotthintergrund"). Inwieweit nämlich eine "einfache Liefersperre oder die Androhung einer Lieferverweigerung im Einzelfall letztlich auf eine Boykottaufforderung zurückzuführen sind, ist häufig schwer auszumachen. Die Darstellung dieser benachbarten Praktiken erlaubt somit zumindest begründete Vermutungen.

Dieses hier angedeutete, zugegebenermaßen zum Teil spekulative Vorgehen kann sich auf die Erfahrungen der Ermittlungspraxis stützen: Wie Kartellrechtspraktiker regelmäßig berichten, werden Boykottsachverhalte sehr häufig nicht als Fälle des § 26 Abs. 1 GWB an die Behörden herangetragen. Vielmehr wird der Boykottsachverhalt nicht nur zuweilen erst dadurch offenbar, daß sich beispielsweise der Sperrer in einem Verfahren nach § 26 Abs. 2 GWB darauf einläßt, er sei durch Dritte zu sein Verhalten bewegt worden. Desgleichen verweisen Unternehmen, die verbotswidrig Druck im Sinne des § 25 Abs. 2

GWB ausgeübt haben (durch Androhung einer Liefersperre) auf den vermeintlich legitimierenden oder entschuldigenden Umstand hin, andere (insbesondere Abnehmer) hätten sie letztlich hierzu erst veranlaßt. Dies führt dazu, daß die einschlägigen Verfahren nach Abschluß nicht immer als "Boykottaufforderung" in den Tätigkeitsberichte rubrizieren.

Mit diesen Bemerkungen kann vorab schon die These gestützt werden, daß die bloße Zahl der rechtskräftig abgeschlossenen Verfahren nach § 26 Abs. 1 i.V.m. § 38 Abs. 1 Nr. 8 GWB nur unzulänglich über die quantitative Bedeutung des Boykottphänomens Aufschluß gibt.¹⁾

Für die vorliegende Übersicht bedeutet dies, daß auch hier nicht nur Verfahren nach § 26 Abs. 1 GWB dargestellt werden sollen, sondern auch Sachverhalte und Entscheidungen nach §§ 26 Abs. 2, 25 Abs. 2 und 3 GWB Berücksichtigung finden. Ihre Heranziehung dient jedoch nur dem Zwecke der Erläuterung des "Mechanismus" von - insbesondere erfolgreichen - Boykottaufforderungen sowie der bestehenden Aufdeckungsprobleme, soll dagegen nicht die spezifischen Probleme der "einfachen" Lieferverweigerung oder des "Druckverbots" vertiefen.

Wegen der Bedeutung des Rechts der Europäischen Gemeinschaften für die Wettbewerbsordnung der Bundesrepublik Deutschland sollen schließlich ergänzend noch einige Boykottsachverhalte geschildert werden, mit denen die EG-Kommission und der Europäische Gerichtshof befaßt waren.

1) Dies wird im übrigen auch durch die von den Praktikern geäußerte Befürchtung belegt, daß im Falle einer Kriminalisierung des einschlägigen Verhaltens das Bundeskartellamt "mit einer Flut von Strafanzeigen überschüttet werden könnte"; vgl. Tiedemann, Kartellrechtsverstöße S. 129.

I. Verfahren nach § 26 Abs. 1 in Verbin-
bindung mit § 38 Abs. 1 Nr. 8 GWB

Ausweislich der Tätigkeitsberichte des Bundeskartellamts¹⁾ wurden bis Ende 1977 bei dieser Behörde 248 Verfahren nach § 26 Abs. 1 i. V. m. § 38 Abs. 1 Nr. 8 GWB anhängig. Hier- von endeten nur 3 Verfahren mit einem rechtskräftigen Buß- geldbescheid. Diese geringe Zahl muß freilich aus den schon oben²⁾ erwähnten Gründen relativiert werden: In dem- selben Berichtszeitraum betrug die Zahl der anhängigen Ver- fahren nach § 26 Abs. 2 1158 sowie die Zahl der Verfahren nach §§ 25 Abs. 2 und 3 GWB 358. Wie einzelne Beispiele noch zeigen werden, wiesen von diesen offensichtlich zahl- reiche einen "Boykottthintergrund" auf. Ferner wurden 48 Verfahren nach § 26 Abs. 1 GWB nach Aufgabe des beanstan- deten Verhaltens eingestellt - wohl auch eine Folge des Umstandes, daß insbesondere im ersten Jahrzehnt seiner Tä- tigkeit das Bundeskartellamt bewußt von repressiven Maß- nahmen absah. 146 Verfahren wurden "aus anderen Gründen" eingestellt. Schließlich wurden 47 Verfahren an andere Be- hörden abgegeben, insbesondere wegen lediglich regionaler Auswirkungen an die zuständigen Landeskartellbehörden.

Bei den Landeskartellbehörden³⁾ wurden im selben Zeitraum 339 Verfahren anhängig. Hiervon endeten 6 mit einem rechts- kräftigen Bußgeldbescheid sowie ein Verfahren mit einer un- anfechtbaren Untersagungsverfügung nach § 37 a GWB. In 50

1) Vgl. Tätigkeitsbericht 1977, S. 194 f.

2) Vgl. S. 14 ff.

3) Vgl. Tätigkeitsbericht 1977, S. 196.

Fällen erfolgte eine Einstellung des Verfahrens nach Aufgabe des beanstandeten Verhaltens und in weiteren 246 Fällen "aus anderen Gründen". 20 Verfahren wurden an andere Behörden abgegeben. Die entsprechende Zahl der Verfahren nach § 26 Abs. 2 und §§ 25 Abs. 2 und 3 GWB beliefen sich hier auf 1309 bzw. 343.

Zwecks Illustration der aktuellen Größenverhältnisse und Entwicklungen sei zudem erwähnt, daß allein im Berichtsjahr 1977 bei den Landeskartellbehörden 45 Verfahren wegen Verstosses gegen § 26 Abs. 1 GWB anhängig wurden sowie vor dem Bundeskartellamt immerhin 6. Der Eindruck einer offensichtlich ansteigenden Verfahrenshäufigkeit wird durch die Feststellung des Bundeskartellamts bekräftigt, daß das Amt 1977 "in zunehmendem Umfang mit Boykottaufrufen befaßt" gewesen sei.¹⁾ Ähnliches berichten die Landeskartellbehörden.²⁾

Daneben besteht zu der Annahme Anlaß, daß die kartellbehördliche Praxis zunehmend von dem früher häufig gepflogenen "informellen Tätigwerden"³⁾ abgeht und verstärkt zur repressiven Ahndung schreitet.

Die Zahl der Verfahren vor den Landeskartellbehörden

1) Tätigkeitsbericht 1977, S. 41.

2) Vgl. z. B. Tätigkeitsbericht des Ministers für Wirtschaft, Mittelstand und Verkehr des Landes Nordrhein-Westfalen als Landeskartellbehörde für den Zeitraum vom 1.9.1976 bis 31.12.1977, S. 101.

3) Vgl. Tiedemann, Kartellrechtsverstöße S. 125.

übersteigt, insbesondere in jüngster Zeit, diejenige der Verfahren vor dem Bundeskartellamt um ein deutliches. Dies belegt vorab die schon mehrfach aufgestellte These von der "Regionalität" der meisten Boykottsachverhalte.¹⁾ Danach sollen Boykottaufforderungen im Schwerpunkt zwischen geographisch einander nahen Wettbewerbern des Einzelhandels erfolgen und soll es sich aus diesem Grunde nicht um wettbewerbsbeschränkendes Verhalten handeln, das "über das Gebiet eines Landes hinausreicht" (vgl. § 44 Abs. 1 Nr. 1 d GWB), wodurch eine Zuständigkeit des Bundeskartellamts gegeben wäre.

Vergegenwärtigt man sich weiterhin, daß im öffentlichen Bewußtsein Existenz und Tätigkeit des Bundeskartellamts fest verankert sind, während hingegen selbst Unternehmern das Vorhandensein von Landeskartellbehörden häufig unbekannt ist, was sich natürlich auf die Anzeigebereitschaft und -häufigkeit auswirkt, ist die Vermutung begründet, daß das Überwiegen "regionaler" Boykottfälle allenfalls noch ausgeprägter ist. So nimmt es auch nicht wunder, daß die Zahl der vom Bundeskartellamt an die Landeskartellbehörden abgegebenen Verfahren die derjenigen spürbar übersteigt, die den umgekehrten Weg nehmen.

1) Vgl. hierzu Alternativ-Entwurf, BT, Straftaten gegen die Wirtschaft, S. 29; Tiedemann, Kartellrechtsverstöße S. 125 f.

Kennzeichnend für die Delinquenzphänomenologie des Boykotts ist die Tatsache, daß sich die Boykottaufrufung nahezu immer gegen Unternehmen in derselben Branche richtet.¹⁾ Der Branchenbegriff muß in diesem Zusammenhang allerdings weit verstanden werden. Gerade neuartige Vertriebsformen oder -praktiken haben nämlich immer wieder den Anlaß zum Boykott gegeben. So verhält es sich z.B. auch in dem Sachverhalt, der der wohl bekanntesten einschlägigen Bußgeldentscheidung des Bundeskartellamts zugrunde lag:

Oldtimer-Fall

Das ausländische Karosseriebauunternehmen A stellte unter Verwendung eines Chassis des italienischen Herstellers B einen Personenkraftwagen im Oldtimer-Sportwagen-Look unter der Bezeichnung X her. Dieses Fahrzeug wurde im europäischen Ausland über das Netz der B-Händler vertrieben. Auf dem deutschen Markt wurde es noch nicht angeboten.

Das Versandhandelsunternehmen C betrieb eine sog. "Versandboutique", die sich mit ihrem Angebot vornehmlich an eine junge Käuferschicht wandte. Anfang 1969 entschloß sich C, den Oldtimer X in sein Sortiment aufzunehmen. Er schloß mit dem Importeur D einen Vertrag über die Lieferung von zunächst 48 Fahrzeugen. Daraufhin schloß D mit

1) Vgl. Kartte, WuW 1961, 170, 174; Tiedemann, Kartellrechtsverstöße S. 129.

dem Hersteller A am 9.1.1969 einen Liefervertrag, durch den ihm bis zum 28.2.1970 das Recht zum alleinigen Vertrieb des X in Deutschland übertragen wurde. Die Mindestabnahmemenge für das erste Jahr wurde auf 48 Stück festgesetzt. A war bekannt, daß C den Vertrieb besorgen sollte. Es war geplant, daß eine erste Lieferung von 16 Fahrzeugen am 7.2.1969 in Turin abgenommen und am 25.2.1969 in Hamburg eintreffen sollte.

Nachdem dieses Vorhaben der interessierten Öffentlichkeit bekanntgeworden war, richtete der Betroffene in seiner Eigenschaft als Hauptgeschäftsführer eines Kfz-Händler-Verbandes an den Chassis-Hersteller B ein Schreiben. Hierin hieß es unter anderem:

Sehr geehrter Herr Direktor ... !

Erst über die Presse mußten die B-Händler und wir als Vertreter des gesamten deutschen ...handels davon Kenntnis erhalten, daß der X über das Versandhaus C vertrieben wird. Diese Maßnahme wird von den B-Händlern, die in den letzten Jahren Beispielhaftes für Ihr Fabrikat geleistet haben und große Investitionen vornahmen, als eine für sie unannehmbare Maßnahme empfunden, der auch wir in aller Form gleichzeitig namens der B-Händler widersprechen.

Es ist außerordentlich bedauerlich, daß das wirklich gute Einvernehmen, das zwischen den Händlern und der Deutschen B-AG besteht, durch derartige Schritte, die keineswegs dazu geeignet sind, die Freude am Verkauf zu fördern, beeinträchtigt wird.

Daß gerade ein Werk dieser großen Tradition diesen ungewöhnlichen Vertriebsweg sucht, ist um so weniger verständlich, als Ihnen doch sicher nicht unbekannt sein dürfte, daß sich hieraus nicht nur für den Kraftfahrzeugverkauf innerhalb der Bundesrepublik Deutschland unabsehbare Konsequenzen ergeben können.

Nehmen Sie bitte auch zur Kenntnis, daß die B-Händler über-

legen müssen, für diese Wagen die Garantiewerke nicht zu übernehmen. Unter Umständen müßte ferner die Presse hiervon unterrichtet werden, sofern nicht, was wir noch hoffen, eine befriedigende Klärung dieses ungewöhnlichen Abkommens erfolgt. Das Versandhaus kann sicher die Garantiewerke bzw. Inspektionen nicht vornehmen. Diese Feststellung würde zweifellos eine absolute Käuferzurückhaltung für den X bei dem Versandhaus zur Folge haben. Verkauf und Kundendienst sind nun einmal bei Personenkraftwagen untrennbar verbunden.

Wir wären glücklich, wenn sich der Fall so beilegen ließe, daß auch auf die angedeutete Presseerklärung unsererseits verzichtet werden kann. Daher sehen wir Ihrer Stellungnahme mit größtem Interesse entgegen."

Nachdem das Versandhandelsunternehmen C von dieser Intervention erfahren hatte, mußte es befürchten, daß das Karosseriebauunternehmen A die Auslieferung der bestellten Fahrzeuge stornieren würde. Nach den Feststellungen des Bundeskartellamtes suchten deshalb am 5.2.1969 Vertreter von C und der Importeur D das Unternehmen A in Turin zu einem Gespräch auf. Der kaufmännische Direktor von A legte bei dieser Gelegenheit seinen Besuchern das Schreiben des Geschäftsführers des Händlerverbandes an B vor und weigerte sich unter Berufung darauf sowie auf seine Abhängigkeit von B, noch weiterhin die vertragsgerechte Auslieferung der bestellten Fahrzeuge zuzusichern. Er erklärte sich statt dessen bereit, erforderlichenfalls dem Importeur D Schadensersatz zu leisten.

Im Anschluß an dieses Gespräch begaben sich alle Beteiligten zur Firmenleitung von B. Der Verkaufsdirektor von B erklärte - ebenfalls unter Bezugnahme auf das besagte Schreiben - B habe zwar A die Auslieferung der für C be-

stimmten Fahrzeuge nicht untersagt. Weder B noch dessen deutsche Tochtergesellschaft würden es aber riskieren, sich wegen der wenigen von C zu vertreibenden Wagen mit dem Verband zu überwerfen, der die Interessen der deutschen Händler wahrnehme, die ihrerseits jährlich ca. 140.000 Fahrzeuge von B umsetzten.

Am nächsten Tag untersagte dann B dem Unternehmen A telefonisch die Auslieferung der Fahrzeuge. B begründete dies wiederum damit, man könne sich keine Schwierigkeiten mit der deutschen Händlerorganisation leisten.

C versuchte daraufhin, mit der deutschen Tochtergesellschaft von B und dem Geschäftsführer des Händlerverbandes zu einer Verständigung zu gelangen. Auch diese Gespräche blieben aber ohne Erfolg.

Die vereinbarte erste Teillieferung von 16 Oldtimer-Fahrzeugen blieb deshalb aus.

Nachdem C eine einstweilige Verfügung gegen den Händlerverband erwirkt und Klage zur Hauptsache erhoben hatte, leitete das Bundeskartellamt ein Bußgeldverfahren wegen des Verdachts eines Verstosses gegen § 26 Abs. 1 i. V. m. § 38 Abs. 1 Nr. 8 GWB ein. Inzwischen hatte sich allerdings auch der Händlerverband von dem geringen Umfang des geplanten Geschäfts überzeugt. Deshalb - und wohl auch im Hinblick auf das Verfahren des Bundeskartellamts - stimmten am 13.3.1969 Geschäftsführung und Beirat des Verbandes dem Vertrieb der Fahrzeuge über C zu. Infolgedessen zeigte sich auch A wieder lieferbereit.

Das Bundeskartellamt verhängte wegen dieses Vorfalls gegen den Hauptgeschäftsführer des Händlerverbandes eine Geldbuße in Höhe von DM 5.000,--.¹⁾ Es stellte fest, daß sich dieser einer Ordnungswidrigkeit nach § 26 Abs. 1 i. V. m. § 38 Abs. 1 Nr. 8 GWB schuldig gemacht habe. In der Begründung seiner Entscheidung wies das Bundeskartellamt auf die Intensität der Einflußnahme hin. Der Betroffene habe sich nicht mit einer bloßen Aufforderung und dem Hinweis auf etwaige, automatisch mit der Öffnung des neuen Vertriebsweges verbundene Konsequenzen begnügt. Er habe vielmehr seiner Aufforderung zur Unterlassung des Fahrzeugsvertriebs über C durch die Androhung von Nachteilen zusätzlich Nachdruck verliehen. Aus Gründen der Sozial- und Generalprävention schien dem Amt deshalb eine deutlich fühlbare Mahnung angemessen.

1) Tätigkeitsbericht 1969, S. 61; WuW/E BKartA 1280.

Ebenfalls im Jahr 1969 hatte das Kammergericht über den Einspruch gegen einen Bußgeldbescheid zu befinden, den das Bundeskartellamt im

Anzeigensperren-Fall

festgesetzt hatte:

Der Betroffene, ein Musikinstrumentenmachermeister, betrieb einen Groß- und Einzelhandel mit Musikinstrumenten. Zugleich war er Vorstandsmitglied des einschlägigen Berufsverbandes sowie der Leiter einer Fachgruppe dieses Verbandes.

Er hatte seit mehr als 6 Jahren in der Fachzeitschrift "A" fortlaufend Werbeanzeigen erscheinen lassen. Der Herausgeber von "A" wandte sich überwiegend an Ensemblemusiker (Hotel-, Bar-, Unterhaltungsmusiker). Für diesen Adressatenkreis stellte "A" das bedeutendste Blatt in der Bundesrepublik Deutschland dar.

Der Kaufmann G aus M betrieb einen Großhandel mit Musikinstrumenten. Im Sommer 1965 warb er in "A" mit folgenden Schließsatzanzeigen:

"Achtung! - selbständige Musiker. Erst Preise vergleichen, dann kaufen. Fordern Sie unsere Großhandels-Netto-Preisliste unverbindlich an."

Darauf teilten in der Zeit vom 21.7. bis zum 20.8.1965 etwa 8 andere Musikinstrumentenhändler, die bislang in "A" laufend inseriert hatten, dem Verlag schriftlich mit, sie seien zur Vergabe von Anzeigenaufträgen überhaupt nicht

mehr bereit, oder jedenfalls nur für solche Ausgaben, in denen keine Großhändler annoncierten, die die Musiker zu Preisvergleichen mit Netto-Preislisten aufforderten. Am 2.8.1965 erwiderte der Verlag einem der beschwerdeführenden Einzelhändler, daß "der erteilte Auftrag seine Erledigung gefunden habe", daß Anzeigen nach den allgemeinen Geschäftsbedingungen nur in bestimmten Fällen abgelehnt werden könnten und daß es nicht das richtige sei, die Geschäftstaktik des Konkurrenten "einen kleinen Zeitschriftenverlag büßen zu lassen".

Am 13.8.1965 wandte sich auch der Betroffene schriftlich an den Herausgeberverlag von "A":

"Sehr geehrte Herren!

Es ist nunmehr der Zeitpunkt gekommen, Ihnen keine Inseratenaufträge mehr zu geben.

Die Firma G inseriert und weist auf ihre sogenannten Grossistenpreise hin. Dadurch ist mir der Inseratenerfolg voll und ganz genommen.

Unter diesen Umständen bitte ich, vorerst von einer weiteren Veröffentlichung meiner Inserate Abstand zu nehmen.

Hochachtungsvoll"

Der Verlag erwiderte darauf am 19.8.1965:

"Von dem Inhalt Ihres Schreibens vom 13. d. M. haben wir Kenntnis genommen. Wir teilen Ihnen hierauf mit, daß wir von der Firma G keine Anzeigen mehr veröffentlichen. Die Geschäftspraktiken waren uns bis vor einigen Tagen nicht bekannt.

Wohl finden Sie diese Anzeige noch in unserer Ausgabe Nr. 16 v. 17. August 1965. Diese Veröffentlichung war allerdings nicht vorgesehen. Die Anzeige wurde irrtümlicherweise veröffentlicht, was uns natürlich sehr peinlich ist und auf eine Urlaubsvertretung zurückzuführen ist.

Nachdem wir Ihnen heute die Zusage geben, daß von der

genannten Firma keine Anzeigen mehr veröffentlicht werden, hoffen wir, daß Sie Ihre Insertion in unserer Fachzeitschrift, die ja ein äußerst günstiger Werbeträger ist, weiterlaufen lassen und werden uns erlauben, Ihre Anzeige, wie ursprünglich bestellt, wieder zu veröffentlichen.

Wir hoffen, daß Sie unter den gegebenen Umständen hiermit einverstanden sind."

Dennoch lehnte der Betroffene die Fortsetzung seiner Anzeigen zunächst weiterhin ab. Erst ab 8.10.1965 inserierte er wieder in "A".

Mit Beschluß v. 19.6.1968 setzte das Bundeskartellamt aufgrund dieses Vorfalles gegen den Betroffenen wegen Verstosses gegen § 38 Abs. 1 Nr. 8 in Verbindung mit § 26 Abs. 1 GWB eine Geldbuße in Höhe von DM 500,-- fest.

Auf dessen Einspruch bestätigte das Kammergericht den Bußgeldbescheid.¹⁾

Das Gericht stimmte dem Bundeskartellamt auch insoweit zu, als dieses die begangene Ordnungswidrigkeit nicht als einen schweren Fall eingestuft hatte. Zur Begründung verwies es auf die Feststellung des Amts, daß der Kaufmann G nur für den "verhältnismäßig geringfügigen Zeitraum von ca. 6 Wochen an der Werbung in der Zeitschrift A gehindert worden" sei. Freilich hatte bereits das Bundeskartellamt zugleich festgestellt, daß sich der Verlag zu Wiederaufnahme der Geschäftsbeziehungen mit G erst bereit erklärt hatte, nachdem dieser über den Zivilrechtsweg gegen den Betroffenen einen Unterlassungsanspruch nach § 1 UWG durchgesetzt hatte.

1) Vgl. Tätigkeitsbericht 1969, S. 69; WuW/E OLG 1029.

Ebenfalls unerwähnt blieb in diesem Zusammenhang, daß das Verhalten des Betroffenen den Bereich des bloßen "Veranlassens" (oder "Aufforderns") verlassen hatte und einen Verstoß gegen das Druckverbot des § 25 Abs. 2 GWB darstellte, insoweit also ein besonders massiver Wettbewerbsverstoß gegeben war.

Überhaupt scheint die Affinität von Publikationsorganen zu Boykottaufrufen sehr ausgeprägt zu sein; sei es, daß anderen Werbung treibenden Wettbewerbern durch die Veranlassung von Anzeigensperren ihre Nutzung als Werbeträger verwehrt werden soll, sei es, daß sie als Medium der Boykottaufrufe dienen, oder schließlich, daß sich konkurrierende Publikationsorgane mittels Veranlassung von Anzeigensperren das Annoncenaufkommen zu schmälern suchen.

Ein Mittel im Konkurrenzkampf zwischen Presseorganen war die Boykottaufrufe im

Zeitschriftenverlags-Fall,

über den das Bundeskartellamt im Tätigkeitsbericht 1973 berichtet:

Im Januar 1972 beteiligten sich an einer Tagung, die unter anderem das Verhältnis von Presse und Wirtschaft zum Gegenstand hatte, Vertreter der Markenartikelindustrie und eines Verlags für Publikumszeitschriften. Nach den Ermittlungen des Bundeskartellamts wurde dabei auch die Auffassung geäußert, die werbungtreibenden Unternehmen

sollten bei der Auswahl ihrer Werbeträger die politische Haltung einer Zeitschrift berücksichtigen. Von den Vertretern des an der Tagung beteiligten Verlages wurde zumindest eine bestimmte Zeitschrift als Beispiel eines Werbeträgers hervorgehoben, dessen Verlag sich durch eine negative Kritik am Unternehmerverhalten auszeichne. Sie solle daher nicht auch noch durch Anzeigenwerbung "unterstützt" werden. In der Folgezeit konnte für das Jahr 1972 im Vergleich zum Vorjahr und zu anderen Zeitschriften festgestellt werden, daß einige der an der Tagung beteiligten Industrieunternehmen ihre Anzeigenaufträge für die kritisierte Zeitschrift reduziert hatten. Gleichwohl konnte nach dem Ergebnis der Ermittlungen nicht als erwiesen erachtet werden, daß diese Entwicklung kausal durch das Verhalten des Verlages während der Tagung veranlaßt war. Die Werbung treibenden Unternehmen brachten wirtschaftliche und werbetechnische Gründe für den Rückgang ihres Anzeigenvolumens in bestimmten Zeitschriften vor, die nicht widerlegt werden konnten. Das Verfahren mußte deshalb eingestellt werden.

Seit der Neufassung des § 26 Abs. 1 GWB im Jahre 1973, bei der das Merkmal des "Veranlassens" durch "Auffordern" ersetzt wurde, ist die Vornahme einer Sperre oder der Nachweis der Kausalität nicht mehr erforderlich. Nach neuem Recht hätten somit die Feststellungen des Bundeskartellamts die Festsetzung einer Geldbuße getragen.¹⁾

1) Tätigkeitsbericht 1973, S. 103.

Aus diesem Grunde konnte das Bundeskartellamt im neueren

Drogisten-Zeitschriften-Fall

gegen die Betroffenen Geldbußen verhängen, obwohl die Boykottaufforderung ohne Erfolg blieb. Auch hier sollte die Veranlassung von Anzeigensperren als Mittel im Behinderungswettbewerb zwischen Publikationsorganen dienen:

Der Betroffene war Geschäftsführer eines Verlages, der eine Zeitschrift für Drogisten herausgab. Außerdem war er geschäftsführendes Vorstandsmitglied eines Drogistenverbandes, dessen Aufgabe es unter anderem war, den Absatz von Herstellern von Drogeriewaren zu fördern. Zu diesem Zweck hatte auch die Verlags-AG, deren Geschäftsführer der Betroffene war, mit zahlreichen Herstellern (unter anderem Wella AG, Hipp KG, Humana, Klosterfrau, St. Pauli Brauerei, Drugofa GmbH) "Globalabkommen" geschlossen, in deren Vollzug die Verlags-AG den Warenabsatz der betreffenden Hersteller in den Drogerien förderte.

Die Verlagsgesellschaft Rationeller Fachhandel m.b.H. (VRFH), Wiesbaden, gab seit dem 1.1.1976 ebenfalls eine Drogisten-Fachzeitschrift, "drogerie + markt" ("d+m"), heraus. Mit Schreiben vom 15.9.1975 hatte zuvor der Chefredakteur von "d+m" den Betroffenen in dessen Eigenschaft als Hauptgeschäftsführer des Drogistenverbandes davon unterrichtet, daß die VRFH beabsichtige, im Oktober 1975 eine Probenummer von "d+m" zu veröffentlichen.

Am 15.10. fand in Frankfurt a. M. eine Tagung des Indu-

strie-Beirats der Verlags-AG statt, dem als Mitglieder neben anderen auch solche Herstellerunternehmen angehörten, mit denen die Verlags-AG ein "Globalabkommen" abgeschlossen hatte. An dieser Tagung nahmen Vertreter der Firmen Johnson Wax, Wella AG, Anasco GmbH, St. Pauli-Bräuerei, Hartmann AG, Hipp KG, Milupa AG, Drugofa GmbH, Humana, Klosterfrau und Merz & Co. GmbH teil. Unter anderem sprach man auch über die Anzeigenwerbung einzelner an der Sitzung teilnehmender Hersteller in der neuen Fachzeitschrift "d+m". Der Betroffene äußerte, er würde es als "unfreundlichen Akt" ansehen, wenn die Industrie in "d+m" inseriere. Er brachte zum Ausdruck, daß die Partner des "Globalabkommens" sich bei der Anzeigenwerbung in "d+m" "zurückhalten" sollten.

Diese Forderung wurde vom Vertreter der Firma Wella-AG jedoch zurückgewiesen.

Das Bundeskartellamt leitete wegen dieses Vorfalls Ermittlungen ein und verhängte nach deren Abschluß gegen den Geschäftsführer der Verlags AG wegen Zuwiderhandlung gegen § 38 Abs. 1 Nr. 8 in Verbindung mit § 26 Abs. 1 GWB eine Geldbuße in Höhe von DM 2.500,--. Gegen den Verlag selbst setzte das Amt nach § 30 Abs. 1 Nr. 1 OWiG als Nebenfolge eine Geldbuße in Höhe von DM 5.000,-- fest.

Die Betroffenen haben gegen den Bußgeldbescheid Einspruch eingelegt.

1) Vgl. Tätigkeitsbericht 1976, S. 82.

Sind die oben angeführten Konstellationen noch in beliebigen anderen Branchen ebenfalls anzutreffen und insofern nicht spezifisch, so kommt im Gegensatz dazu den Fällen eine Sonderstellung zu, in denen Publikationsorgane als Medium des Boykottaufrufs dienen. Unter dem Gesichtspunkt des Ausmasses der Gefährdung des Betroffenen ist hier zum einen die "Breitenwirkung" hervorzuheben, die Boykottaufforderungen an eine Vielzahl von Adressaten entfalten. Zum anderen erlaubt der ihnen eigene Charakter des Organisierten, Planmäßigen den Schluß auf einen erhöhten Handlungsunwert. Als Beispiel aus der jüngsten Vergangenheit sei der

Textil Bekleidung-Fall

erwähnt:

Der Verlag Markt Intern, Düsseldorf, gibt mehrere Brancheninformationsdienste heraus, die sich vornehmlich an den Fachhandel wenden, unter anderem die Zeitschrift "Textil Bekleidung".

In den Jahren 1977/78 forderte "Textil Bekleidung" verschiedene Bekleidungs- und Textilhersteller auf, Verbrauchermärkte und Discountgeschäfte von der Belieferung auszuschließen. Ferner sollten die Hersteller Direktverkäufe an Verbraucher unterlassen und alle Händler zu einheitlichen Konditionen beliefern. Um diesen Forderungen Nachdruck zu verleihen, drohte die Zeitschrift den Herstellern eine öffentliche Anprangerung beim Fachhandel an und wies darauf hin, daß ansonsten zahlreiche Fach-

händler die Geschäftsbeziehungen mit ihnen abbrechen würden.

Außerdem verbreitete der Verlag gleichlautende Erklärungen durch Fernschreiben und Rundschreiben.

An diesen Aktivitäten beteiligte sich auch ein Bekleidungsfachhändler aus Würzburg, der sich ebenfalls über Markt Intern an den Handel wandte.

Das Bundeskartellamt ermittelte wegen dieser Vorfälle. Es erachtete das Verhalten der Betroffenen als Verstoß gegen § 26 Abs. 1 i. V. m. § 38 Abs. 1 Nr. 8 GWB und setzte gegen den Verlag Markt Intern, drei seiner Redakteure sowie gegen den Bekleidungshändler Geldbußen in einer Gesamthöhe von DM 28.000,-- fest.

Hiergegen haben die Betroffenen Einspruch beim Kammergericht erhoben.

Die Firma Allkauf SB-Warenhaus, gegen die sich der Boykottaufruf unter anderem gerichtet hatte, beschritt zudem den Zivilrechtsweg. Auf ihren Antrag verurteilte das Oberlandesgericht Düsseldorf den Verlag durch Urteil vom 21.11.1978 zur Unterlassung.¹⁾

Daß nicht nur Handel und Industrie sich solcher Praktiken bedienen, welche die Tatbestände der §§ 25 Abs. 2, 26 Abs. 1 GWB erfüllen, belegt die Androhung eines Boykott-

1) Vgl. WuW 1979, 3 f.; FAZ Nr. 272 v. 7.12.1978, S. 13; OLG Düsseldorf (U Kart. 17/78) (bislang unveröffentlicht)

auftruf als eines von mehreren Vorkommnissen, die den Sachverhalt im

Bundesärztekammer-Fall

bildeten. Auch hier lag ein "Medienbezug" der Boykott-aufforderung vor, wenn auch das Schwergewicht des Falles auf Verstößen gegen das Druckverbot des § 25 Abs. 2 GdB lag:

Der Präsident der Bundesärztekammer, ihr Hauptgeschäftsführer, der 2. Vorsitzende im Vorstand der Arbeitsgemeinschaft der Fachärzte für Laboratoriumsmedizin e. V. (AL) und der Schriftführer im Vorstand der AL drohten nach den Feststellungen des Bundeskartellamts in der Zeit vom Mai 1970 bis zum Sommer 1972 gemeinschaftlich der Firma Biochemische Dienstleistungs-Gesellschaft mbH Bioscientia (BSI), einem Tochterunternehmen der Firma C.H. Boehringer/Ingelheim (CHBS), man werde die Ärzteschaft zu einem Kampf gegen CHBS mit nachteiligen Folgen für den Arzneimittelumsatz dieses Unternehmens aufrufen, falls sich BSI nicht gegenüber der AL bereiterkläre, niedergelassenen Ärzten und Krankenhäusern nur solche Laboruntersuchungen anzubieten, die von Laborfachärzten nicht durchgeführt werden können.

Schon vorher, Dezember 1969 bis Juni 1970, hatte der Schriftführer im Vorstand der AL der Firma Labor-Service GmbH, die zum Abbott-Konzern gehört, angedroht, er werde die Mitglieder der AL zu einem Boykott der vom Abbott-

Konzern vertriebenen Labor-Chemikalien auffordern, falls sie es nicht unterlasse, niedergelassenen Ärzten und Krankenhäusern die Durchführung von Laboruntersuchungen anzubieten und damit den niedergelassenen Laborfachärzten Konkurrenz zu machen.

Weiterhin veranlaßte der Schriftführer den Verlag der Fachzeitschrift "d" durch ein Schreiben vom 26.1.1972, keine Anzeigen des Unternehmens BSI mehr zu veröffentlichen.

Das Bundeskartellamt ermittelte wegen der Androhung der Boykottmaßnahmen und der anderen Vorkommnisse. Es ging entgegen den Einlassungen der Betroffenen davon aus, daß die Tätigkeit der bedrohten Unternehmen nicht gegen das Gesetz über die Ausübung der Heilkunde ohne Bestallung verstieß, weil es sich bei den in Frage stehenden Tätigkeiten ebenso wie bei der Tätigkeit anderer Hilfspersonen (z.B. Medizinisch-Technischer Assistenten) um Leistungen handele, die nicht anstelle des Arztes gegenüber dem Patienten, sondern zur Unterstützung der ärztlichen Tätigkeit gegenüber dem auftraggebenden Arzt erbracht würden. Das Amt war der Auffassung, daß Leistungen gegenüber dem Arzt auch durch Nicht-Ärzte grundsätzlich zulässig seien und daher dem Schutz des GWB unterlägen.

Nach Ansicht des Bundeskartellamts handelten die Betroffenen deshalb nach § 25 Abs. 2 in Verbindung mit § 38 Abs. 1 Nr. 8 ordnungswidrig, weil sie die bedrohten Unternehmen zu einer nach §§ 1, 38 Abs. 1 Nr. 1 verbotenen Abgrenzung der Tätigkeitsbereiche nötigen wollten.

Auf § 26 Abs. 1 GWB ging die Entscheidung (soweit veröf-

fentlich) hingegen nicht ein.

Bei der Bemessung der Höhe der Geldbußen berücksichtigte das Amt unter anderem, daß zumindest in einem der geschilderten Fälle ein Unternehmen vom Markt verdrängt werden sollte, dessen personelle und apparative Ausstattung und dessen Qualitätskontrolle die Möglichkeiten der meisten ärztlichen Laboratorien überstieg. Die Beteiligten hätten somit durch ihr Verhalten Verbesserungen in der medizinischen Versorgung gefährdet, um eine Gruppe von Ärzten gegen wirtschaftliche Einbußen zu schützen.

Mit Bußgeldbescheid vom 14.2.1974 verhängte das Bundeskartellamt gegen die Betroffenen und Nebenbetroffenen Geldbußen in einer Gesamthöhe von DM 122.500,--.

Auf deren Einspruch bestätigte das Kammergericht am 2.1. 1976 die Verfügung im wesentlichen, ermäßigte jedoch die verhängten Geldbußen auf DM 70.000,--.

Das Gericht bekräftigte zum einen die Auffassung, daß die Vorschriften des GWB auf Angehörige freier Berufe und deren Vereinigungen anwendbar seien. Weiterhin stellte es fest, daß der Schriftführer der AL durch die Veranlassung der Anzeigensperre gegen BSI auch gegen § 38 Abs. 1 Nr. 8 i. V. m. § 26 Abs. 1 GWB verstoßen habe.

Hierzu wird in der Entscheidung im Hinblick auf die subjektive Tatseite nachdrücklich darauf hingewiesen, daß "der Begriff des Boykottaufrufs auch juristischen Laien bekannt und verständlich" sei.

Gegen dieses Urteil haben alle Betroffenen und Nebenbetroffenen Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof eingelegt.¹⁾

1) Vgl. WuW/E BKartA 1498; WuW/E OLG 1687 ("Laboruntersuchungen"); Tätigkeitsbericht 1974, S. 78; Tätigkeitsbericht 1976, S. 88.

Wie im Bundesärztekammer-Fall - wo freilich das Schwergewicht des Sachverhalts tatsächlich bei Problemen des § 25 Abs. 2 GWB lag - ist auch sonst eine Tendenz der Praxis unverkennbar, die zahlreichen Fälle, in denen sowohl § 26 Abs. 1 als auch § 25 Abs. 2 GWB einschlägig ist, ausschließlich oder vornehmlich über § 25 Abs. 2 zu entscheiden oder jedenfalls in der Verfahrensstatistik der Rubrik "Druck und Lockung" zuzuschlagen.

Daß sich hier zuweilen der Blickwinkel auch innerhalb eines einzelnen Verfahrens verschieben kann, zeigt der

Transportversicherungs-Fall.

Der Betroffene war der Leiter des größten deutschen Vermittlungsunternehmens für Transportversicherungen (Oskar Schunck KG). Dieses Unternehmen vermittelte eine von ihm entwickelte Versicherungspolice für die Speditions- und Rollfuhrversicherung. Als ein neu auf den Markt gekommener Transportversicherungsunternehmer mit einer eigenen, ähnlichen Verkehrshaftungsversicherung zu ihm in Wettbewerb trat, wandte sich der Betroffene an die Rückversicherer dieses Konkurrenten und informierte sie mündlich und durch Übersendung eines achtseitigen Dossiers über dessen Geschäftspraxis. Er wies auf angeblich entstandene "erhebliche Marktstörungen hin" und warnte die Rückversicherer zwecks Vermeidung drohender Verluste dringend davor, ihre Rückversicherungsverträge mit dem neuen Wettbewerber zu verlängern.

Um seinem Verlangen weiteren Nachdruck zu verleihen, bot

der Betroffene auch einem der Versicherer an, die mit ihm bestehenden eigenen Geschäftsbeziehungen auszuweiten.

Einem anderen stellte er die Aufnahme neuer Geschäftsverbindungen in Aussicht.

Nach Auffassung des Bundeskartellamts hatte er damit den Rückversicherern Vorteile versprochen, um sie zur einheitlichen Kündigung ihrer Rückversicherungsverträge mit dem Konkurrenzunternehmen zu veranlassen und dieses nach Wegfall des Rückversicherungsschutzes zur Aufgabe seines Wettbewerbskampfes zu zwingen. Das Bundeskartellamt setzte gegen den Betroffenen "wegen Verstoßes gegen § 25" am 26. 6. 1972 eine Geldbuße in Höhe von DM 10.000 fest. Das KG bestätigte die Entscheidung des Bundeskartellamts im Ergebnis, sah im Gegensatz zu diesem dabei aber den Boykotttatbestand des § 26 Abs. 1 GWB als erfüllt an und lehnte eine Verletzung von § 25 Abs. 1 (a.F.) GWB ab. Diese Entscheidung wurde vom BGH am 10.7.1974 bestätigt.¹⁾

Wie schon beim Drogisten-Zeitschriften-Fall ist auch beim Transportversicherungs-Fall für die Phänomenologie des Boykotts signifikant, daß neu auf einem einschlägigen Markt auftretende Unternehmen ("newcomer") sich besonders häufig mit Boykottmaßnahmen der bereits etablierten Branchenangehörigen konfrontiert sehen. Als Erklärung hierfür kann zum einen dienen, daß von den eingestammten Unternehmen das Hinzutreten eines weiteren Konkurrenten wohl

1) Vgl. Tätigkeitsbericht 1972, S. 90; Tätigkeitsbericht 1973, S. 110 f.; Tiedemann, Kartellrechtsverstöße S. 93; Gutzler, in: Tagungsberichte der Sachverständigenkommission zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, Bd. 10 (1976), Anlage 1 zu Anlage 4.

als besonders gravierende wettbewerbliche Bedrohung empfunden wird. Zum anderen erscheint der Boykott gegenüber Wettbewerbern, die noch keine gesicherte Marktposition errungen haben, offensichtlich als besonders erfolgversprechend.

Als ebenfalls für eine Vielzahl vergleichbarer Fälle typisch kann unter einem ähnlichen Gesichtspunkt der Boykottaufruf im

Rundfunk- und Fernsehgeräte-Fall

gelten: Angehörige des hergebrachten (Fach)Handels wenden sich recht häufig mit Boykottaufrufen an Herstellerunternehmen, um neuartige, zumeist preis- und kostengünstigere Vertriebsformen zu bekämpfen.¹⁾

Der Interfunk Einkaufsgenossenschaft europäischer Radio-, Fernseh- und Elektrofachhändler e. G. Ditzingen, gehören u.a. im Inland etwa 600 Facheinzelhändler an. Die Interfunk wandte sich in Protesterklärungen gegen die Aufnahme der Belieferung bestimmter Verbrauchermärkte der "Allkauf"-Gruppe durch die Grundig AG. Sie forderte die Firma Grundig auf, die Belieferung wieder rückgängig zu machen. Das Bundeskartellamt erachtete dieses Verhalten als einen Verstoß gegen § 26 Abs. 1 in Verbindung mit § 38 Abs. 1 Nr. 8 GWB und setzte gegen die Interfunk sowie gegen deren geschäftsführendes Vorstandsmitglied Geldbußen in einer Gesamthöhe von DM 7.500,-- fest.

1) Ebenso schon im Oldtimer-Fall, vgl. S. 21 ff.

In der Begründung des Bußgeldbescheides führte das Amt aus, daß die von Grundig belieferten Verbrauchermärkte der Allkauf-Gruppe über Fachabteilungen für Radio-, Fernseh- und Tonbandgeräte verfügten. Diese erbrächten den vom Hersteller geforderten Kundendienst und hätten sich zur Einhaltung der Grundig-Vertriebsbindung verpflichtet. Unter diesen Umständen hätten die Erklärungen der Interfunk den Rahmen eines zulässigen Protestes überschritten und eine Aufforderung zur Liefersperre dargestellt, die in der Absicht erfolgt sei, bestimmte Wettbewerber der Interfunk unbillig zu beeinträchtigen. Das Bundeskartellamt stellte klar, daß die freie unternehmerische Entscheidung von Markenartikelherstellern, im Rahmen einer für alle Abnehmer geltenden Vertriebsbindung auch andere Vertriebsformen als den traditionellen Fachhandel zu beliefern, nicht mit Boykottaufforderungen angegriffen werden dürfe. Dies gelte vor allem, wenn die Abnehmer, gegen deren Belieferung sich die Boykottaufforderungen richteten, keine ausreichenden und zumutbaren Ausweichmöglichkeiten hätten und vom Hersteller abhängig seien.

Wie im übrigen der Presse zu entnehmen war, blieb es im vorliegenden Fall nicht bei der Boykottaufforderung. So soll nach einer Umfrage der Düsseldorfer Zeitschrift "markt intern" jeder vierte Fachhändler (zumindest vorübergehend) den Verkauf von Grundig-Geräten "bewußt gedrosselt" oder die Apparate "ganz aus dem Sortiment gestrichen" haben. Vergewärtigt man sich weiter, daß der Facheinzelhandel beim Vertrieb von "Unterhaltungselektronik" einen Marktanteil von mehr als 50 % innehat,

wird die Nachdrücklichkeit des ausgeübten Zwanges deutlich. Außerdem zeigt sich auch hier wieder, daß die (konkludente) Androhung oder Zufügung von Nachteilen häufig zumindest im Hintergrund einer Boykottaufforderung stehen.

Auf den Einspruch der Betroffenen bestätigte das Kammergericht durch Urteil vom 2.12.1977 nicht nur die Entscheidung des Bundeskartellamts, sondern verdoppelte sogar die angefochtenen Bußgeldbescheide auf insgesamt DM 15.000,--. Es berücksichtigte insoweit als erschwerend, daß gerade die Mitglieder der Interfunk wegen ihrer günstigen Einkaufsmöglichkeiten durch die Konkurrenz der Verbrauchermärkte weniger beeinträchtigt würden als Fachhändler, die nicht in einer Einkaufsgenossenschaft zusammengeschlossen sind.

Das Urteil ist rechtskräftig.¹⁾

Repräsentativ ist der Rundfunk- und Fernsehgeräte-Fall auch insoweit, als es in der überwältigenden Zahl der Fälle Handelsunternehmen oder deren Organisationen sind, die sich mit Boykottaufforderungen an die Adresse von Herstellerunternehmen mit der Aufforderung wenden, bestimmte Wettbewerber nicht (mehr) zu beliefern. Dagegen ist die "umgekehrte" Konstellation, in der ein Hersteller bestimmte Handelsunternehmen zu Bezugssperren gegenüber

1) Vgl. WuW/E OLG 1965 ("Interfunk"); Tätigkeitsbericht 1976, S. 58; Tätigkeitsbericht 1977, S. 59; vgl. auch den Bericht in der Illustrierten "Der Stern" Nr. 12, 1977, S. 195 f.

konkurrierenden Herstellern auffordert, recht selten. Als jüngstes Beispiel aus der Spruchpraxis des Bundeskartellamts sei hierfür jedoch der

Zahninstrumenten-Fall

erwähnt:

Die Firma Drendel & Zeilling GmbH und Co. KG, Berlin, stellte unter anderem zahntechnische Diamanten-Bohrinstrumente her. Das Unternehmen wandte sich mittels Fernschreiben an eine Großhandelsgesellschaft für Zahnärztebedarf mit der Aufforderung, ihren 70 angeschlossenen Dental-Depots nahezu legen, Diamanten-Instrumente eines konkurrierenden Herstellers nicht zu vertreiben.

Wegen dieses Vorfalls verhängte das Bundeskartellamt gegen den Hersteller sowie dessen Geschäftsführer Geldbußen in einer Gesamthöhe von DM 15.000,--.

Die Betroffenen haben gegen die Bußgeldbescheide Einspruch eingelegt.¹⁾

Daß häufig einer Boykottaufforderung mit einem Verhalten Nachdruck verliehen wird, das zugleich den Tatbestand des § 25 Abs. 2 i. V. m. § 38 Abs. 1 Nr. 8 GWB erfüllt, belegt schließlich noch der aus der Bußgeldpraxis des

1) Vgl. WuW 1979, 3.

Bundeskartellamts erwähnenswerte

Lüftungseinrichtungs-Fall.

Die beiden Betroffenen waren die Gesellschafter der Firma PRIX-Bavelemente OHG Wiehofsky & Drexl. Dieses Unternehmen vertrieb unter anderem Lüftungseinrichtungen für Ställe. Es stand seit Jahren mit einem Bauwaren-Großhandelsunternehmen in Geschäftsverbindung, dem es auch diese Lüftungseinrichtungen lieferte. Seit 1974 drängten die Betroffenen den Großhändler, seine Wiederverkaufspreise mit ihnen abzustimmen. Als dieses Unternehmen erfolglos blieb, brachen sie die Geschäftsbeziehungen zu ihm ab.

Um seine weitere Belieferung aufrechtzuerhalten, wandte sich der gesperrte Großhändler daraufhin unmittelbar an den Gerätehersteller, von dem auch die Betroffenen die Anlagen bezogen, und nahm einige größere Bestellungen vor.

Einer der Betroffenen wandte sich hierauf mit einem Schreiben an den Hersteller. Er stellte ihn vor die Wahl, entweder das gesperrte Unternehmen ebenfalls nicht zu beliefern oder aber das Unternehmen der Betroffenen in Zukunft als Kunden zu verlieren.

Unter dem Druck dieser Ankündigung lehnte der Gerätehersteller die Belieferung des Großhändlers ab.

Nach Auffassung des Bundeskartellamts lagen in diesem Verhalten der Betroffenen Verstöße gegen § 38 Abs. 1 Nr. 8 i.V.m. § 25 Abs. 2 sowie § 26 Abs. 1 GWB. Es verhängte

deshalb Geldbußen in einer Gesamthöhe von DM 6.000,--.
Nach Zurücknahme eines Einspruchs durch die Betroffenen
ist dieser Bußgeldbescheid rechtskräftig geworden.¹⁾

Die besondere Anfälligkeit gerade des Handels für Boykottdelinquenz äußert sich am ausgeprägtesten beim Facheinzelhandel. Dieser Umstand bedingt ein deutliches Überwiegen der Verfahrenshäufigkeit zu § 38 Abs. 1 Nr. 8 in Verbindung mit § 26 Abs. 1 GWB bei den Landeskartellbehörden. Da sich die Boykottaufforderungen von Einzelhandelsunternehmen regelmäßig gegen geographisch benachbarte Wettbewerber richten, reicht nämlich zumeist die Wirkung des wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens nicht über das Gebiet eines Bundeslandes hinaus, wie dies § 44 Abs. 1 Nr. 1 d GWB für die Zuständigkeit des Bundeskartellamts fordert, so daß nach § 44 Abs. 1 Nr. 3 GWB die Zuständigkeit der Landeskartellbehörde gegeben ist.²⁾ Anderes gilt nur, wenn Einkaufsgenossenschaften oder Verbände des Einzelhandels - gegebenenfalls über Brancheninformationsdienste - zum Boykott auffordern.

Die Veröffentlichungspraxis der Landeskartellbehörden liefert aus diesem Grunde zahlreiche Beispiele, in denen insbesondere Unternehmen des Facheinzelhandels die Boykottwaffe gegen Mitbewerber am Ort einzusetzen suchen. Häufig wiederkehrender Boykottanlaß ist das Streben nach "Gebietsschutz" (zumal gegen newcomers) bzw. Alleinver-

1) Vgl. Tätigkeitsbericht 1976, S. 49; WuW 1976, 639.

2) Zur "Regionalität" zahlreicher Boykottmaßnahmen vgl. Tiedemann, Kartellrechtsverstöße S. 125 f.

trieb, das vor allem in Bezug auf Markenkongfektion, Kravatten, Schuhe etc. anzutreffen ist. Daneben oder zugleich motiviert das Niedrigpreisverhalten von Wettbewerbern die Verrufer.

Von nur regionaler Bedeutung war so z.B. ein Boykottfall, mit dem die bayerische Landeskartellbehörde befaßt war.

Im

Schuhhandelsunternehmens-Fall

hatte der Inhaber eines schwäbischen Schuhhandelsunternehmens einen Schuhfabrikanten aufgefordert, einen in der Nähe ansässigen anderen Schuhhändler nicht mehr mit Schuhen zu beliefern. Zur Begründung verwies er auf dessen niedrigeren Verkaufspreise. Für den Fall, daß der Fabrikant den konkurrierenden Händler gleichwohl weiter beliefere, kündigte der Händler an, daß er sowie vier weitere Schuhhändler keine Schuhe mehr von dem Fabrikanten beziehen würden. Unter dem Druck dieser Ankündigung stellte dieser die Belieferung des Konkurrenzunternehmens des Verrufers ein.

Nach Auffassung der bayerischen Landeskartellbehörde wurde dadurch der Boykottatbestand erfüllt. Sie setzte gegen den Inhaber des Schuhhandelsunternehmens eine Geldbuße in Höhe von DM 5.000,-- fest.

Von besonderem Interesse für eine Gesamtbeurteilung des Boykotts ist, daß die Landeskartellbehörde in der Begründung ihrer Entscheidung darauf hinwies, daß die Geldbuße

in der festgesetzten Höhe vor allem deshalb erforderlich sei, weil die erzwungene Liefersperre nicht nur das Konkurrenzunternehmen sondern auch den an sich lieferwilligen Hersteller geschädigt habe.¹⁾

Mit einem weiteren gleichgelagerten Sachverhalt, der sich in der Schuhbranche zugetragen hatte, mußte sich die bayerische Landeskartellbehörde im

Alesco-Schuh-Fall

befassen:

Der Betroffene, ein Schuhhandelsgeschäft, stand mit dem Schuhhandelsunternehmen "ALESCO-Schuh", zu dem er sich in räumlicher Nähe befand, in direktem Wettbewerb. Beide Schuhhandelsunternehmen vertrieben in ihrem Sortiment unter anderem Schuhe der Firma Seifert & Klöber. Diese Erzeugnisse waren sehr marktgängig. Da "ALESCO-Schuh" die Erzeugnisse von Seifert & Klöber billiger anbot als der Betroffene, mußte dieser spürbare Absatzeinbußen hinnehmen. Er forderte deshalb den Hersteller zu einer Liefersperre gegenüber seinem Konkurrenten auf.

Nach den Feststellungen der bayerischen Landeskartellbehörde war damit bezweckt, daß "ALESCO-Schuh" eine Einbuße in der Sortimentsbreite seines Angebotes hinnehmen

1) Vgl. Presseinformation des Bayerischen Staatsministeriums für Wirtschaft und Verkehr vom 28.9.1977, WuW 1977, 766.

und dadurch Kunden, die sie durch ihren Preiswettbewerb gewonnen hatte, wieder an den Betroffenen und an andere Schuhhändler verlieren solle.

Die Behörde erachtete dies als eine unbillige Beeinträchtigung. Sie wies insbesondere darauf hin, daß der Betroffene keine konkreten Tatsachen für eine wettbewerbswidrige Preisgestaltung oder für sonstige den Grundsätzen eines leistungsgerechten und lauterer Wettbewerbs widersprechende Verhaltensweisen von "ALESCO-Schuh" vorgebracht habe - hielt also den Gesichtspunkt der Abwehr nicht für einschlägig. Der Umstand jedoch, daß ein Konkurrenzunternehmen aufgrund einfacherer Ausstattung und geringerer Betriebskosten zu einer niedrigeren Preiskalkulation in der Lage sei, müsse in einer freien Wettbewerbsordnung hingenommen werden.

Mit Bußgeldbescheid vom 20.6.1977 setzte die Behörde deshalb gegen den Betroffenen eine Geldbuße fest.¹⁾

Mit einem Fall der Boykottaufforderung gegen einen "newcomer" mußte sich die baden-württembergische Landeskartellbehörde im

Sanitörgroßhandels-Fall

auseinandersetzen:

Die Betroffenen waren der persönlich haftende Gesellschafter und ein Abteilungsleiter einer Kommanditgesellschaft

1) Vgl. WuW/E LKartB 192.

schaft, die einen Sanitärgroßhandel in Baden-Württemberg betrieb. Dieses Unternehmen stand im Wettbewerb mit einem einzelkaufmännischen Unternehmen aus dem Bereich des Sanitär- und Ofengroßhandels. Der Inhaber des letzteren Unternehmens war vor der Gründung seines eigenen Betriebes einige Jahre lang als Kraftfahrer bei der KG beschäftigt gewesen.

Zwischen der KG, die ein Vielfaches an Umsatz aufwies und dem "newcomer" traten Spannungen auf. Die KG wandte sich an ein Herstellerunternehmen des Sanitärbedarfs, mit dem sie in laufender Geschäftsbeziehung stand, und brachte vor, das Konkurrenzunternehmen übe keinen sanitären Großhandel (Fachhandel) aus, denn es beliefere vorwiegend Endabnehmer (Schwarzarbeiter). Überdies gehöre der Konkurrent auch nicht dem Sanitärverband an. Seine Belieferung durch den Hersteller habe deshalb zu unterbleiben. Der Hersteller ließ diese Boykottaufforderung jedoch unbeachtet.

Die Landeskartellbehörde Baden-Württemberg setzte mit Bußgeldbescheid vom 29.6.1975 gegen den persönlich haftenden Gesellschafter der KG eine Geldbuße in Höhe von DM 2.000,-- und gegen den Abteilungsleiter eine Geldbuße in Höhe von DM 750,-- fest. In der Begründung verwies die Behörde dabei auf die "möglichen existenzgefährdenden Folgen" des Boykottaufrufs.¹⁾

Die Bußgeldentscheidung wurde durch rechtskräftiges Urteil des OLG Stuttgart vom 30.6.1976 bestätigt.²⁾

1) Unveröffentlicht; vgl. Tiedemann, Kartellrechtsverstöße S. 125 Fn. 82 a.E.

2) WuW/E OLG 1742.

Ebenfalls gegen einen newcomer richteten sich die Boykottaufrufe, die Gegenstand eines Verfahrens vor der nordrhein-westfälischen Landeskartellbehörde waren. Im

Kürschnerei-Bedarfsartikel-Fall

war der Betroffene Inhaber eines Großhandels für Kürschnerei-Bedarfsartikel. Die Verrufenen, ein Unternehmer-ehepaar, waren in der Firma des Betroffenen als Angestellte tätig. Ende des Jahres 1974 machten sie sich selbständig und betrieben seitdem eine Export-Import-Firma in der gleichen Branche. Der Betroffene forderte darauf in der Folgezeit mehrere Firmen zu allgemeinen Liefersperrern gegenüber dem Unternehmen seiner früheren Mitarbeiter auf, um seinen neuen Wettbewerbern deren Betätigung am Markt zu erschweren.

Die Landeskartellbehörde leitete deshalb ein Ermittlungsverfahren ein und schloß dieses mit der Festsetzung einer Geldbuße in Höhe von DM 1.500,-- ab. Die Behörde konnte sich im Verfahren die in einem zuvor abgeschlossenen Zivilprozeß gemachten Tatsachenfeststellungen zunutze machen.¹⁾

Die Landeskartellbehörde Nordrhein-Westfalen hatte sich unlängst auch mit einem Boykottsachverhalt zu befassen,

1) Vgl. Tätigkeitsbericht des Ministers für Wirtschaft, Mittelstand und Verkehr des Landes Nordrhein-Westfalen als Landeskartellbehörde für den Zeitraum vom 1.9.1976 bis 31.12.1977, S. 101 f.

der eine andere Form der Sperre aufwies, als gemeinhin üblich. Im

Filmverleih-Fall

drohte der Inhaber einer Filmtheaterkette, die aus acht im Großraum Düsseldorf befindlichen Lichtspielhäusern bestand, mehreren Filmverleihunternehmen an, die Geschäftsbeziehungen mit ihnen abubrechen, falls ein Mitbewerber von ihnen mit Filmen beliefert würde, bevor er diese eine bestimmte Zeit in seinen Filmtheatern habe abspielen lassen. Nach den Feststellungen der Landeskartellbehörde belieferten infolge dieses wirtschaftlichen Drucks einige Verleihunternehmen nur noch den Betroffenen. Dies hatte zur Folge, daß der Mitbewerber kaum noch aktuelle und geschäftsstarke Filme erhielt. Die Landeskartellbehörde verhängte deshalb gegen den Inhaber der Filmtheaterkette einen Bußgeldbescheid in Höhe von DM 2.500,--.¹⁾

Die Landeskartellbehörden sehen sich bei ihrer Ermittlungs- und Verfolgungstätigkeit aufgrund der "Regionalität" zahlreicher Boykottsachverhalte häufig mit Fällen

1) Tätigkeitsbericht des Ministers für Wirtschaft, Mittelstand und Verkehr des Landes Nordrhein-Westfalen als Landeskartellbehörde für den Zeitraum vom 1.9.76 - 31.12.1977, S. 102. Vgl. zur "Vorspielklausel" als Unterfall des § 26 Abs. 1 GWB Tätigkeitsbericht BKartA 1965, S. 55; 1967, S. 77 sowie die Zivilentscheidung WuW/E OLG 977.

konfrontiert, die wohl ihrer bescheidenen ökonomischen Dimensionen wegen auch nach Abschluß des Verfahrens durch Verhängung eines Bußgeldbescheides nicht Eingang in die allgemein zugänglichen Sammlungen oder sonstigen Veröffentlichungen finden. Daneben führen die schon erwähnten Nachweisschwierigkeiten - insbesondere in Bezug auf die subjektive Tatseite - dazu, daß Verfahren eingestellt werden (müssen). Beispielhaft erwähnt seien hier drei Sachverhalte aus der Praxis der bayerischen Landeskartellbehörde:

- Gebietsschutz erstrebte ein Nürnberger Möbelhändler, der von einer belgischen Herstellerfirma die Einstellung der Belieferung eines Konkurrenten verlangte.

In diesem Schreiben führte er aus:

"Wenn wir diese Angelegenheit heute noch einmal zur Sprache bringen, so deswegen, weil wir unbedingt für die Zukunft auf einer exakten Modelltrennung bestehen müssen. Das bedeutet, daß Modelle, die wir aufnehmen, unter gar keinen Umständen auch an die Firma Sch. oder andere Mitbewerber in Bayern geliefert werden dürfen."

In dem von der Landeskartellbehörde eingeleiteten Ermittlungsverfahren wegen Verstoßes gegen § 38 Abs. 1 Nr. 8 i. V. m. § 26 Abs. 1 GWB ließ sich der Betroffene unwiderlegt darauf ein, er sei der Ansicht gewesen, daß ihm der Vertreter der Herstellerfirma seinerzeit ein Alleinverkaufsrecht zugesagt habe. Sein Schreiben habe deshalb lediglich auf dieses irrig angenommene Alleinverkaufsrecht hinweisen sollen.

Da die Landeskartellbehörde davon ausging, daß nicht mit ausreichender Sicherheit nachgewiesen sei, daß der Betroffene den Tatbestand des Boykottaufrufs vorsätzlich verwirklicht hatte, stellte sie das Verfahren ein.¹⁾

- Ein Gastwirt aus Kampfung wandte sich an seinen Bierlieferanten, eine Regensburger Brauerei, mit der Bitte, "ihr Marktverhalten" gegenüber einem anderen Abnehmer in Stritzling "zu überprüfen".

Die Landeskartellbehörde Bayern leitete ein Verfahren zur wettbewerbsrechtlichen Überprüfung dieses Vorgangs ein. Da sie nicht eindeutig feststellen konnte, ob sich der betroffene Wirt lediglich über die Preisgestaltung beschwert oder aber zur Verhängung einer Liefersperre aufgefordert hatte, wurde das Verfahren eingestellt.²⁾

- Ein Kaufmannsehepaar plante in Erlangen die Eröffnung eines "Jeansladens". Verhandlungen mit mehreren renommierten Jeans-Herstellern über eine Belieferung des neuzugründenden Geschäfts endeten ergebnislos, da diese die Aufnahme von Geschäftsbeziehungen ablehnten. Im Verlaufe der Bemühungen des Ehepaares um die Gewinnung von Lieferanten verstärkte sich dessen Eindruck, daß die Lieferverweigerungen auf die Aufforderung eines Konkurrenten in Forchheim zurückgingen.

Die Bayerische Landeskartellbehörde eröffnete daraufhin ein Bußgeldverfahren gegen den mutmaßlichen Verrüher.³⁾

1) Unveröffentlicht; Az. 5553 b - VI/7 c - 33316.

2) Unveröffentlicht; Az. 5556 c - VI/6 c - 43988.

3) Unveröffentlicht; Az. 5556 c - VI/6 c - 74338.

Anlaß zu einer ersten Überprüfung durch das Bundeskartellamt gaben endlich in der Presse erhobene Vorwürfe, daß Optikerverbände die Brillen- und Brillenglasproduzenten aufforderten, branchenfremde Brillenverkäufer zu boykottieren. Durch mehrere Veröffentlichungen waren hierdurch auch einer breiteren Allgemeinheit Vorwissen bekanntgeworden, die ihrerseits nur Teile eines umfänglicheren Gesamtkomplexes von Boykottmaßnahmen gegen Branchenaußenseiter bildeten. Die diesbezüglichen Erkenntnisse können mangels Verfahrensfortschritts nicht als ebenso gesichert gelten wie die vorgeschilderten Sachverhalte. Auf der anderen Seite belegen gerade die

Foto-Quelle-Fälle

sehr anschaulich, wie Außenseiter einer Branche von einem ganzen Bündel von Boykottmaßnahmen betroffen werden können. Zugleich wird an ihrem Beispiel offensichtlich, daß bei festgefügtten brancheninternen Usancen, als deren Bestandteil Boykottmaßnahmen den Beteiligten wohlvertraut sind, im Einzelfall die tatsächliche Vornahme des Boykottaufrufs entbehrlich wird. Schon die bloße Kenntnis der einschlägigen Praxis oder gegebenenfalls höchst allgemein gehaltene Äußerungen von seiten des Handels bewegen dann Hersteller zur Lieferverweigerung:

Das 20 Jahre alte Fotogroßversandhaus Foto-Quelle ist ein Tochterunternehmen des Versandhauses Quelle. Das Unternehmen errang seine starke Marktstellung als

"größtes Fotohaus der Welt" (1977 ca. 420 Mio. DM Umsatz) vor allem durch die Einfuhr preisgünstiger japanischer Kameras, die es unter eigener Marke vertrieb, sowie durch den Handel mit preiswertem Filmmaterial. Die Entwicklung des Unternehmens war über die Jahre hinweg von der Schwierigkeit begleitet, daß die Lieferanten von Handelsmarken die Lieferung verweigerten oder jedenfalls als solche nicht genannt werden wollten, um sich nicht den Unwillen des traditionellen Handels zuzuziehen.

Das gleiche Problem stellte sich auch wieder ein, als das Fotohaus eine preisgünstige Version der Sofortbildkamera "SX 70" des amerikanischen Herstellers Polaroid in sein Sortiment aufnehmen wollte. Die Verhandlungen scheiterten "in letzter Minute". Dazu drang in die Öffentlichkeit, daß "der deutsche Fachhandel sein Veto eingelegt haben sollte".¹⁾

Ein Versuch von Foto-Quelle, in den Ladengeschäften des Unternehmens augenoptische Erzeugnisse zu vertreiben, forderte ebenfalls Boykottmaßnahmen heraus. Zum einen stießen Bemühungen auf Schwierigkeiten, in dem Fachblatt "Der Augenoptiker" Stellenanzeigen für Fachpersonal aufzugeben. Der Verlag verweigerte eine (weitere) Veröffentlichung der Inserate unter Berufung auf den "wachsenden

1) Vgl. Frankfurter Allgemeine Zeitung Nr. 210 v. 20.9.1976 S. 11; Wirtschaftswoche Nr. 28 v. 1.7.1977, S. 42 f.

Widerstand selbständiger Augenoptiker".

Zum anderen mußten Produzenten, die Geschäftsbeziehungen mit Foto-Quelle anbahnten, damit rechnen, daß die ca. 4700 Betriebe des Fachhandels und -handwerks die Geschäftsverbindungen mit ihnen abbrechen würden. Aus diesem Grunde sicherte der Industrieverband "Augenoptik" Handel und Handwerk eine "kritische Haltung gegenüber Einkaufsgenossenschaften" zu.

Dies hatte zur Folge, daß Aufträge von Foto-Quelle über die Lieferung z.B. von Brillengläsern mit dem Hinweis auf "Engpässe in der Kapazität" abgelehnt wurden, obwohl die Hersteller ansonsten von einem sehr spürbaren Auftragsmangel betroffen waren.

Die Boykottmaßnahmen wirkten sich so nachhaltig aus, daß im Jahre 1975 zwar zunächst 6 von 21 geplanten Brillen-Abteilungen durch Foto-Quelle eingerichtet wurden, diese dann jedoch mangels Personals und Produkten geschlossen bleiben mußten.¹⁾

Der Umstand, daß Unternehmen im Vorgriff auf eine von ihnen erwartete Boykottaufforderung bzw. letztlich zur Vermeidung einer gegen sie selbst verhängten Liefer- oder Bezugssperre ohne konkreten Anstoß anderen Unternehmen die Geschäftsbeziehungen verweigern, relativiert freilich nicht die Bedeutung der Boykottaufforderung als

1) Der Spiegel Nr. 12 v. 15.3.1976, S. 75 f.; vgl. dazu auch WuW 1976, 283.

Mittel des Behinderungswettbewerbs. Wie schon dargelegt, schafft erst eine einschlägige Verrufspraxis, die sehr häufig mit der Anwendung wirtschaftlichen Drucks gegenüber dem Aufgeforderten einhergeht, die Voraussetzungen für diese Art "freiwilliger" Rücksichtnahme auf die traditionellen Geschäftspartner.

Gleich, ob Hersteller die Belieferung bestimmter Abnehmer deshalb verweigern, weil sie sich über die anderenfalls zwangsläufig erfolgenden Sanktionen ohnehin im klaren sind, oder ob sie zu ihrem Verhalten aufgefordert werden müssen: hierin äußert sich Nachfragemacht.

Das Phänomen der Nachfragemacht hat in letzter Zeit erheblich an Bedeutung gewonnen und beschäftigt die für die Wettbewerbspolitik Verantwortlichen sowie die Kartellbehörden in zunehmendem Maße.¹⁾ Freilich sind die mit diesem Begriff umschriebenen die Wettbewerbsordnung gefährdenden Verhaltensweisen vielfältig, so daß sich das Bundeskartellamt zu der Aussage genötigt gesehen hat, daß "sich in diesem Bereich, der einen Schwerpunkt der gegenwärtigen und zukünftigen Arbeit bildet, noch keine aussagefähige Fallpraxis entwickeln" konnte.²⁾ Als besonders gravierend wurde immerhin bislang schon die machibegründende oder - steigernde Bündelung von Nachfrage durch Einkaufszusammenschlüsse des Handels erkannt.³⁾

1) Vgl. Bulletin der Bundesregierung Nr. 135 v. 17.12.76, S. 1289; Sondergutachten der Monopolkommission, Mißbräuche der Nachfragemacht und Möglichkeiten zu ihrer Kontrolle im Rahmen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (1977); Tätigkeitsbericht 1977, S. 28 ff.

2) Tätigkeitsbericht 1977, S. 28.

3) Tätigkeitsbericht 1977, S. 30 ff.

Zumindest in einem weiteren Sinne stellt sich angesichts des vorgeschilderten Materials aber auch der Boykott als Problem der Nachfragemacht dar. Herstellerunternehmen beliefern zumeist bestimmte Abnehmer nur deshalb nicht, weil ihr Interesse an der Aufrechterhaltung der Geschäftsbeziehungen zu anderen Abnehmern, deren negative Reaktionen sie befürchten müssen, überwiegt. Wie das Fallmaterial zeigt, handelt es sich freilich überwiegend um regional begrenzte, zum Teil höchst relative (Nachfrage) Macht. Insofern stehen hier jedenfalls nicht typische Erscheinungen dessen in Frage, was die aktuelle Diskussion über "Nachfragemacht" bewegt. Gerade nachfragestarke Discount-Ketten waren zum Beispiel in der Vergangenheit ihrerseits die von Boykottaufrufen kleinerer (allerdings organisierter¹⁾) Einzelhändler Betroffenen, also selbst das Opfer der Ausübung von "Macht". Diese phänomenologischen Feststellungen erlauben somit auch nicht ohne weiteres am Machtmerkmal orientierte Folgerungen für eine Beurteilung der sozialen Schädlichkeit des Boykotts; noch zwingen sie zu Konsequenzen bei der Rechtsanwendung oder in der Rechtspolitik. Hat die Relativität des Machtkriteriums (bzw. seiner verschiedenen Ausprägungen) schon im Falle der Mißbrauchsaufsicht und des Diskriminierungsverbots Gesetzgebung und insbesondere Rechtsanwendung vor erhebliche und noch nicht überwundene Schwierigkeiten gestellt, wären diese beim Boykott nur noch größer.

1) Vgl. nur Rundfunk- und Fernsehgeräte-Fall, S. 40 ff.

II. Verfahren nach §§ 25 Abs. 2, 25 Abs. 3 und 26 Abs. 2 in Verbindung mit § 38 Abs. 1 Nr. 8 GWB mit "Boykothintergrund" sowie Zivilverfahren nach § 26 Abs. 1 GWB

Neben die Ordnungswidrigkeiten nach § 38 Abs. 1 Nr. 8 i. V. m. § 26 Abs. 1 GWB, die den "harten Kern" des gesichteten Fallmaterials bilden, treten zahlreiche Sachverhalte, die Gegenstand kartellbehördlicher Verfahren oder der Zivilrechtsprechung waren und einen "Boykott-hintergrund" erkennen lassen.

Namentlich wenn Boykottaufforderungen durch wirtschaftlichen Druck im Sinne von § 25 Abs. 2 GWB bekräftigt werden, ist es zuweilen nur eine Frage des Zufalls, ob die Kartellbehörden den "Druckverbotsaspekt" oder den "Boykottaspekt" in den Vordergrund ihrer Sachverhaltsermittlungen und der rechtlichen Würdigung stellen.¹⁾ Konkurrieren die einschlägigen Verbotsverletzungen idealiter, was häufig geschieht, ist zudem die Kartellordnungswidrigkeit des Sperrers nach § 38 Abs. 1 Nr. 8 i. V. m. § 25 Abs. 2 GWB regelmäßig wesentlich leichter nachweisbar als die Boykottordnungswidrigkeit des Verrufers. Der Gesperrte oder von einer Sperre Bedrohte ist nämlich im Eigeninteresse bereit, an der Sachverhaltsaufklärung mitzuwirken, kann jedoch dabei fast immer nur auf Äußerungen verweisen, die der (potentielle) Sperrer ihm gegenüber gemacht hat. Dagegen kann er, von öffentlichen oder organisierten Boykottmaßnahmen abgesehen, über das Verhalten des Verrufers

1) Vgl. nur den "Transportversicherungs-Fall, S. 38 f.

allenfalls Mutmaßungen äußern. Der Sperrer hingegen hat zumeist kein Interesse an einer Aufklärung des Verruferverhaltens oder fühlt sich hierzu sogar aus Gründen wirtschaftlicher Abhängigkeit gehindert.¹⁾

Bei Ordnungswidrigkeiten- oder Zivilverfahren zu § 26 Abs. 2 GWB steht gleichfalls das Verhältnis des Sperrers zu dem Gesperrten im Vordergrund, der (Wieder)Belieferung begehrt, und bedingt so eine thematische Begrenzung. Allerdings geben hier nicht selten Einlassungen des Sperrers wie "er habe auf die Interessen seiner anderen Kunden Rücksicht nehmen müssen" etc. den Anstoß zu Ermittlungen in Richtung auf eine verbotene Boykottaufforderung, welche sich aber aus den schon erwähnten Gründen beweismäßig schwierig gestalten.

Auch eindeutig unter § 26 Abs. 1 GWB subsumierbare und nachweisbare Sachverhalte führen wegen des das Kartellordnungswidrigkeitenrecht regierenden Opportunitätsprinzips nicht zwangsläufig zu Bußgeldbescheiden. Vor allem in den ersten Jahren nach Inkrafttreten des GWB, aber auch noch in jüngerer Zeit, wurden einschlägige Verstöße zum Teil von der Zivilrechtsprechung "erledigt".

1) Vgl. Tätigkeitsbericht des Ministers für Wirtschaft, Mittelstand und Verkehr des Landes Nordrhein-Westfalen als Landeskartellbehörde für den Zeitraum vom 1. September 1976 bis 31. Dezember 1977, S. 101.

Nur vordergründig ausschließlich ein Problem des § 26 Abs. 2 S. 2 GWB war z.B. der Sachverhalt, der dem Zivilrechtsstreit im

Rossignol-Fall

zugrunde lag:

Die Klägerin, die deutsche Tochtergesellschaft eines bekannten französischen Skiproduzenten, dessen Marktanteil in der Bundesrepublik Deutschland bei etwa 8 % lag, begehrte mit einer Klage die Feststellung, daß sie wettbewerbsrechtlich nicht zur Belieferung der Beklagten, eines großen durch Niedrigpreise bekanntgewordenen Sportartikelfachgeschäfts in Oberbayern, verpflichtet sei. Für die Rechtfertigung einer vor dem Prozeß von ihr verhängten Liefersperre berief sich die Klägerin unter anderem darauf, daß es sich bei dem Sporthändler um ein "Niedrigpreisgeschäft" handele.

Das OLG München hob am 14.11.1974 das klagabweisende Urteil des LG München mit der Begründung auf, die Wettbewerbsfähigkeit des Händlers sei durch die Liefersperre nicht beeinträchtigt, da der feststellbare Umsatzanteil mit Rossignol-Ski in Höhe von 3 % nicht ins Gewicht falle. Demgegenüber bejahte der Bundesgerichtshof durch Urteil vom 20.11.1975 ausdrücklich ein Abhängigkeitsverhältnis i. S. d. § 26 Abs. 2 S. 2. Das Gericht stellte weiterhin fest, daß kein Hersteller eines berühmten Markenartikels die Belieferung eines Händlers nur deshalb ablehnen dürfe, weil er mit dessen Preispolitik nicht einverstanden sei,

namentlich weil der Händler die vom Hersteller empfohlenen Preise unterschreite.¹⁾

Der "Boykott hintergrund" war in diesem Falle manifest. So mußte auch einen außenstehenden Beobachter merkwürdig anmuten, daß sich nicht nur eine Reihe weiterer Skihersteller, sondern auch der "Verband Deutscher Sportgeschäfte" auf seiten des Herstellers finanziell an dem Verfahren beteiligten. Deshalb spricht vieles für die Annahme Ulmers²⁾, daß "dem Vorgehen des Herstellers ... weitere kartellrechtlich relevante Tatbestände auf seiten der konkurrierenden Händler und Hersteller (Boykott?, abgestimmte Verhaltensweisen?) zugrundeliegen" könnten. Es erstaunt auch, daß das Berufungsgericht ohne jede Erwähnung von § 26 Abs. 1 GWB von der unstreitigen Tatsache ausging, daß "die Klägerin auf der ISPO-Sportartikelmesse in der zweiten Februarhälfte 1974 von namhaften Abnehmern darauf aufmerksam gemacht worden (sei), man werde Rossignol-Ski nicht mehr werblich und im Verkauf forcieren können, weil aufgrund der Verkaufspraktiken der Beklagten nur die Wahl bleibe, ebenfalls Rossignol-Ski zu Verlustpreisen zu verkaufen oder sich darauf zu beschränken, diese Erzeugnisse nur noch auf ausdrückliches Kundenverlangen abzugeben". Diese konsequente Abschirmung des Blicks auf mögliche Kartellordnungswidrigkeiten belegt im übrigen die Aktualität

1) Vgl. (OLG München U (K) 2444/74) = WuW/E OLG 1540 = WRP 1975, 49 ff.; WuW/E BGH 1391; ferner Tätigkeitsbericht 1974, S. 16; 1975, S. 27.

2) Ulmer, BB 1975, 661, 663 (FN 26); vgl. auch Tiedemann, Wettbewerb und Strafrecht, S. 27.

der Erwägung, diesbezügliche gesetzliche Anzeigepflichten für Behörden und Gerichte einzuführen.

Auf Veranlassung des Wettbewerbers eines seiner Abnehmer verhängte auch im

Krawatten-Fall

ein Hersteller eine Liefersperre:

Der Betroffene war Geschäftsführer einer Gesellschaft, die Krawatten herstellte und sie als Markenartikel vornehmlich über den Textilfacheinzelhandel vertrieb. Das Unternehmen belieferte jedoch auch einige Großhändler mit Markenkrawatten.

Einer dieser Großhändler betrieb neben einem Textil- und Bekleidungs-großhandel noch einen Betrieb des Lebensmittel-einzelhandels. In seinem Großhandelsbetrieb verkaufte er Textilien und Bekleidung auch an Letztverbraucher, soweit diese über von ihm ausgestellte Kundenausweiskarten verfügten. Hierfür berechnete er Großhandelsabgabepreise.

Im November 1970 wandte sich der Großhändler an den Krawattenhersteller mit der vergeblichen Bitte um Aufnahme einer Geschäftsverbindung. Das Ansinnen wurde mit dem Hinweis darauf abgelehnt, daß es sich bei ihm um einen Großhändler und nicht um einen Facheinzelhändler handele.

Im Mai 1972 bot allerdings der Hersteller ihm von sich aus die Aufnahme von Geschäftsbeziehungen an. Der Händler nahm das Angebot an. In der Folgezeit wurden laufend Aufträge

erteilt und Lieferungen vorgenommen.

Im Frühjahr 1974 setzte sich ein an demselben Ort wie der Großhändler ansässiges Textilfacheinzelhandelsge-
schäft mit dem Krawattenhersteller in Verbindung und be-
anstandete, daß der Großhändler zu sehr niedrigen Preisen
Krawatten mit der Marke des Herstellers an Letztverbraucher
verkaufe. Hierauf wandte sich der Geschäftsführer des Her-
stellerunternehmens an den Einkäufer des Großhändlers und
übte Kritik an dessen niedrigen Abgabepreisen. Auf diese
Vorhaltungen setzte der Großhändler den Preis der fragli-
chen Markenkrawatten um ein DM pro Stück herauf.

Dies erachtete der Hersteller aber offensichtlich nicht
als ausreichend, denn er stellte die Lieferungen gleich-
wohl ein und stellte eine Wiederbelieferung nur für den
Fall in Aussicht, daß der Händler sich umstelle und "wie
ein Facheinzelhändler an Letztverbraucher verkaufe".

Wegen dieses Sachverhalts leitete das Bundeskartellamt
Ermittlungen ein. Der Hersteller berief sich darauf, er
habe lediglich seine auf Belieferung des Facheinzelhandels
ausgerichtete Vertriebskonzeption durchsetzen wollen und
deshalb die Lieferungen an den Großhändler eingestellt.

Nach Auffassung des Bundeskartellamtes ergab sich jedoch
aus den Begleitumständen, insbesondere der in Kenntnis
der Großhandelseigenschaft erfolgten mehrjährigen Belie-
ferung und der geäußerten Bereitschaft zur Wiederaufnahme
der Geschäftsbeziehungen bei entsprechender Erhöhung der
Weiterverkaufspreise, daß der Krawattenhersteller zwecks
Umsatzausweitung durchaus auch zur Belieferung des Groß-
handels bereit sei, wenn nur die Voraussetzung erfüllt sei,

daß der Großhandel durch seine Preise nicht den Vertrieb über den Facheinzelhandel störe. Nach Ansicht des Bundeskartellamts stellte dieses Verhalten deshalb eine nach § 25 Abs. 2 in Verbindung mit § 15 GWB verbotene Einflußnahme auf die Weiterverkaufspreise dar. Es setzte gegen den Geschäftsführer des Herstellers eine Geldbuße in Höhe von DM 3.000,-- und als Nebenfolge gegen das Herstellerunternehmen eine Geldbuße in Höhe von DM 5.000,-- fest.

Die Betroffenen haben gegen diesen Bußgeldbescheid Einspruch eingelegt.¹⁾

Ebenfalls auf Veranlassung eines Abnehmers ging eine Liefersperre im

Drucklufttrocknungsanlagen-Fall

zurück:

Der Betroffene war der Geschäftsführer einer Vertriebsgesellschaft für Drucklufttrocknungsanlagen. Auf Veranlassung eines anderen Abnehmers verweigerte ein Angestellter des Unternehmens die Auslieferung eines bereits bestellten Drucklufttrockners. Er begründete sein Verhalten damit, daß der Besteller es abgelehnt hatte, bei der Weiterveräußerung einen bestimmten Listenpreis einzuhalten. Der Besteller konnte aus diesem Grunde ein von ihm bereits anderweitig eingereichtes Angebot über die Weiterveräußerung des Gerätes nicht mehr aufrechterhalten.

1) Vgl. Tätigkeitsbericht 1975, S. 70.

Das Bundeskartellamt setzte gegen den Geschäftsführer sowie die Vertriebsgesellschaft Geldbußen fest.

Auf deren Einspruch bestätigte das Kammergericht am 22.3. 1976 die Geldbußen in Höhe von insgesamt DM 6.000,--. Die Verurteilung erfolgte wegen Verletzung der Aufsichtspflicht nach § 130 Abs. 1 und 2 OWiG in Verbindung mit § 38 Abs. 1 Nr. 8, § 25 Abs. 2 und § 15 GWB.

In der Begründung seiner Entscheidung sah es das Kammergericht im Hinblick auf die nach § 25 Abs. 2 verbotene Zielsetzung der Liefersperre als unerheblich an, daß sie auch den Zweck verfolgte, einen anderen wichtigen Kunden vor der Konkurrenz des gesperrten Unternehmens zu schützen. Die mit der Nachteilszufügung verfolgte Absicht brauche nicht den alleinigen Zweck der Sperre darzustellen. Es genüge vielmehr, wenn einer der konkurrierenden Zwecke verbotswidrig sei. Die Sperre sei auch nicht unter dem Gesichtspunkt der Abwehr einer unlauteren Wettbewerbshandlung zu Lasten des geschützten Kunden gerechtfertigt gewesen. Das gesperrte Unternehmen sei vielmehr zur Preisunterbietung im Wettbewerb berechtigt gewesen.

Stützen in den vorerwähnten Fällen die Feststellungen der Kartellbehörden zumindest einen Verdacht auf Boykottauflforderung oder Beteiligung an der Ausübung von durch § 25 Abs. 2 GWB verbotenen Drucks, liefern die Tatsachenfeststellungen in den nachfolgenden Sachverhalten keine ein-

1) Vgl. Tätigkeitsbericht 1976, S. 51.

schlägigen Anhaltspunkte. Herstellerunternehmen drohen natürlich auch Liefersperren an oder verhängen sie, ohne daß sie von Dritten dazu veranlaßt worden wären. Nach dem verfügbaren Material ist die Durchsetzung "unverbindlicher" Preisempfehlungen seit Aufhebung der Preisbindung für Markenartikel durch die 2. Kartellrechtsnovelle 1973 hierfür der häufigste Anlaß.¹⁾ Inwieweit im Einzelfall Hersteller von sich aus - zur Erhaltung der Attraktivität ihrer Artikel für andere Abnehmer - tätig werden oder doch auf - lediglich nicht nachweisbare - Veranlassung durch Abnehmer handeln, ist im Einzelfall deshalb schwer zu entscheiden. Immerhin kann vermutet werden, daß zumindest die Informationen über das Preisverhalten der zu Niedrigpreisen anbietenden Händler den Herstellern von seiten konkurrierender Handelsunternehmen zugehen.

Wenn so aus tatsächlichen oder beweismäßigen Gründen die Grenzen zur Boykottaufforderung (oder zur Beteiligung an einem Verhalten nach § 25 Abs. 2 GWB) fließend sind und keineswegs regelmäßig der Schluß vom Verhalten des Herstellers auf einschlägiges wettbewerbswidriges Verhalten bestimmter miteinander konkurrierender Abnehmer zulässig ist, sollen doch zwecks Illustration der Delinquenzphänomenologie von Liefersperren noch zwei neuere Fälle aus der Praxis der baden-württembergischen Landeskartellbe-

1) Vgl. dazu auch Tiedemann, Kartellrechtsverstöße S. 16.

hörde erwähnt werden: Im

Schuhgroßhandels-Fall

betrieb die M-GmbH einen Schuhgroß- und Einzelhandel. Unter anderem bezog das Unternehmen auch Schuhe von einem Hersteller, der bis zur Aufhebung der Preisbindung für Markenwaren seine Erzeugnisse preisgebunden verkauft hatte. Nach Aufhebung der Preisbindung ging dieser dazu über, für seine Markenwaren unverbindliche Preisempfehlungen auszusprechen. An diese Preisempfehlungen hielt sich die M-GmbH jedoch nicht. Daraufhin legte der Hersteller seinem Abnehmer nahe, sich "wettbewerbsgemäß" zu verhalten und die unverbindliche Preisempfehlung zu befolgen. Nur in diesem Falle sei nämlich unlauterer Wettbewerb unter Verwendung von Produkten des betroffenen Herstellers nicht mehr möglich. Die M-GmbH solle sich entscheiden. Als das Schuhhandelsunternehmen fortfuhr, auch weiterhin Schuhe dieses Herstellers erheblich unter der unverbindlichen Preisempfehlung auszuzeichnen, stellte dieser die Belieferung ein.

Nach Auffassung der Landeskartellbehörde Baden-Württemberg wurde dadurch der M-GmbH ein Nachteil angedroht und auch zugefügt, um diese zu einem Verhalten zu veranlassen, das nach § 15 GWB nicht zum Gegenstand einer vertraglichen Bindung gemacht werden darf. Dadurch habe der Geschäftsführer einer Komplementär-GmbH des Herstellers ordnungswidrig nach §§ 25 Abs. 2, 38 Abs. 1 Nr. 8 GWB in Verbindung mit § 9 Abs. 1 Nr. 1, 2 OWiG gehandelt. Zugleich ha-

be dieser als Geschäftsführer vorsätzlich die Aufsichtsmaßnahmen unterlassen, die ihm als gesetzlichem Vertreter des vertretungsberechtigten Gesellschafters einer Personengesellschaft oblagen (§ 130 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1, Nr. 2 OWiG).

Weiterhin habe ein für den Hersteller tätiger Handelsvertreter, der ebenfalls versucht hatte, die M-GmbH zur Befolgung der Preisempfehlung zu bewegen, gleichfalls ordnungswidrig gegen die §§ 25 Abs. 2, 38 Abs. 1 Nr. 8 GWB verstoßen.

Die Landeskartellbehörde verhängte deshalb gegen die Betroffenen am 2.2.1977 Geldbußen, die nach Rücknahme eingelegter Einsprüche rechtskräftig wurden.¹⁾

Den folgenden Sachverhalt für eine bekannte Entscheidung des Bundesgerichtshofs lieferten die Ermittlungen der baden-württembergischen Landeskartellbehörden im

Wetterschutzanzüge-Fall:

"Der Betroffene ist Geschäftsführer einer Uniformfabrik, die unter anderem Wetterschutzanzüge für die Feuerwehr herstellt. Auf Anfrage des Händlers P bot er diesem im Frühjahr 1969 solche Wetterschutzanzüge zum Preise von DM 65,-- das Stück an und erklärte sich zum Herbst lieferbereit. P teilte daraufhin in einem Werberundschreiben an Kreisbrandmeister und Feuerwehrkommandanten mit, die Anzüge zum Preise von DM 68,50 zuzüglich 11 % Mehrwert-

1) Vgl. WuW/E LKartB 191.

steuer bis Herbst 1969 liefern zu können. Der Betroffene beanstandete diesen "unmöglichen" Wiederverkaufspreis und wies P darauf hin, daß er sich nach dem Verkaufspreis der anderen Kunden des Betroffenen richten müsse. "Wenn Sie sich mit Ihren anderen Kollegenfirmen wegen des Preises nicht einigen können, steht es Ihnen frei, einen anderen Lieferanten zu suchen. Sie werden aber nicht so leicht einen solchen finden", heißt es in seinem Schreiben vom 6.8.1969. Nach weiterer Korrespondenz lehnte es der Betroffene schließlich ab, von P bestellte Wetteranzüge zu liefern, weil die Materialbeschaffung äußerst schwierig sei, die aus dem vorhandenen Material hergestellten Wetterschutzanzüge an die Firmen ausverkauft seien, die den "normalen" Verkaufspreis verrechneten und er P nicht beliefern könne, weil er seinerzeit den Preis verdorben habe, und bis Ende des Jahres auch nicht mit Eingang der notwendigen Rohstoffe gerechnet werden könne."

Wegen einer vorsätzlichen Zuwiderhandlung gegen § 25 Abs. 1 (a.F.) i. V. m. § 38 Abs. 1 Nr. 8 GWB setzte die Landeskartellbehörde gegen den Betroffenen einen Bußgeldbescheid in Höhe von DM 700,-- fest. Dieser erhob gegen die auf seinen Einspruch ergangene Entscheidung des Oberlandesgerichts Stuttgart, welches den Bußgeldbescheid bestätigte, allerdings die Geldbuße auf DM 500,-- ermäßigte, Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof. Diese blieb aber ohne Erfolg.¹⁾

1) Vgl. WuW/E OLG 1299; WuW/E BGH 1246 ("Feuerwehrschatzanzüge").

"Boykotthintergrund" können weiter auch Verstöße gegen § 25 Abs. 3 GWB aufweisen, welche freilich insgesamt von ihrem Vorkommen her kaum ins Gewicht fallen.¹⁾ Um einen der seltenen Fälle, in denen die Verhängung einer Liefer Sperre gegen § 25 Abs. 3 verstieß, handelt es sich im

Uhren-Garantiegemeinschafts-Fall.

Ein Uhrenfachhändler war Mitglied einer sog. Garantiegemeinschaft von Uhreneinzelhändlern. In dieser Eigenschaft bezog er für sein Stammgeschäft die mit einem Gemeinschaftszeichen ausgestatteten Uhren von Großhändlern, welche der Garantiegemeinschaft ebenfalls angehörten. Dagegen vertrieb er in einem Nachbarort in einem weiteren Geschäft, welches sich in einem von mehreren Einzelhändlern betriebenen Einkaufscenter befand, "Billiguhren", unter denen sich keine im Sortiment der Gemeinschaft befindliche Produkte befanden.

Der Vorstand und die Geschäftsführung der Garantiegemeinschaft sowie die ihr angehörigen Großhändler versuchten daraufhin, den Händler zur Aufgabe seiner Beteiligung am Einkaufscenter zu veranlassen. Zu diesem Zweck wurden vielfältige Druckmittel angewandt. So wurde die Einladung zu Mitgliederversammlungen der Garantiegemeinschaft und Musterungen unterlassen, wurden Werbemittel nicht zur Verfügung gestellt und der Ausschluß aus der Gemeinschaft angedroht. Daneben verhängten die Betroffenen auch Liefer sperren.

Das Bundeskartellamt erachtete dies als die Ausübung un-

1) Vgl. Tiedemann, Kartellrechtsverstöße S. 120.

zulässigen Drucks und Zwanges i. S. v. § 25 Abs. 1 und 2 Nr. 3 (a.F.) GWB. Gemäß seiner Praxis in den ersten Jahren nach Inkrafttreten des GWB, zunächst auf die Verhängung von Sanktionen zu verzichten und statt dessen pädagogisch zu wirken, begnügte sich das Bundeskartellamt damit, das beanstandete Verhalten abzumahnern. Die Betroffenen stellten daraufhin die unzulässigen Pressionen ein.¹⁾

Neben den Entscheidungen und Mitteilungen der Kartellbehörden vermittelt auch die Zivilrechtsprechung Aufschlüsse über die Phänomenologie des Boykotts. Die einschlägigen Zivilurteile sind zahlreich. Ihre systematische Erfassung leidet freilich darunter, daß die Zivilgerichtsbarkeit eine der Veröffentlichungspraxis der Kartellbehörden vergleichbare systematische Form der Darstellung nicht kennt. Weiter vermittelt die Zivilrechtsprechung zum Boykott insgesamt weniger das Bild spezifisch delinquenten Verhaltens – eine Folge des Umstands, daß die Zivilgerichtsbarkeit die Fälle sehr häufig am weiteren Maßstab der §§ 823, 826 BGB, § 1 UWG zu messen hat.

Sofern (auch) § 26 Abs. 1 GWB in den Zivilverfahren einschlägig ist, gelangen diese allerdings infolge der Mitteilungen der Gerichte gemäß § 90 Abs. 1 GWB zur Kenntnis der Kartellbehörden. Für die Wettbewerbsordnung bedeutsame Zivilentscheidungen finden auf diesem Weg Eingang in die Tätigkeitsgerichte des Bundeskartellamts. Dies setzt frei-

1) Vgl. Tätigkeitsbericht 1966, S. 41; Tiedemann, Kartellrechtsverstöße S. 120 (Fn. 70).

lich eine vorangegangene zutreffende rechtliche (Vor) Einschätzung durch die Gerichte voraus.

Auch auf diesem Wege bekanntgeworden ist so z. B. ein Zivilrechtsstreit, der zu einer ersten Entscheidung des OLG München vom 20.12.1973 im

Autoanalyzer-Fall

führte:

Die Medical Service GmbH bot der Ärzteschaft Dienstleistungen im Bereich der Blutanalyse an. Sie betrieb zu diesem Zweck eine sogenannte Auto-Analyzer-Anlage, die 27 klinisch-chemische und hämatologische Untersuchungen aus 15 ccm Blut erstellte.

In einem gemeinsamen Rundschreiben an ihre Mitglieder erklärten die Kassenärztliche Vereinigung Bayerns und die Bayerische Landesärztekammer, der Kassenarzt dürfe nur eigene und solche Leistungen abrechnen, die unter seiner Verantwortung und fortlaufenden Aufsicht von fachlich weisungsgebundenem Hilfspersonal erbracht würden. Diese Voraussetzungen seien bei einer Leistungserbringung durch "Service-Firmen" nicht erfüllt. Da eine Verrechnung derartiger Leistungen somit gegen die kassenärztlichen Pflichten verstoße, werde den Kassenärzten deshalb dringend nahegelegt, sich durch solche Angebote "nicht irreführen" zu lassen. Das gleiche gelte auch in Bezug auf selbstzahlende Patienten.

Darauf wandte sich die Medical Service GmbH mit einer Klage gegen die beiden Körperschaften.

Das OLG München hielt den Tatbestand des § 26 Abs. 1 GWB

für erfüllt. Nach Auffassung des Gerichts hätten die beklagten Körperschaften nicht etwa nur auf das Risiko der Kassenärzte hingewiesen, aus Rechtsgründen ihre Aufwendungen nicht erstattet zu erhalten, sondern sie hätten nach Form und Inhalt des Rundschreibens in den Wettbewerbskampf eingegriffen. Dabei hätten sie zugunsten derjenigen ihrer Mitglieder gehandelt, die selbst Laborleistungen erbringen. Die Beeinträchtigung der Klägerin sei unbillig, weil die von ihr eingesetzten Analysegeräte mit weit überdurchschnittlicher Zuverlässigkeit arbeiteten und sich außerdem weder aus der Reichsversicherungsordnung noch aus dem Bundesmanteltarifvertrag für Ärzte oder der ärztlichen Berufsordnung ein Verbot ergebe, derartige Diagnosehilfen zu verwenden.

Auf Rechtsmittel der Beklagten ist das Verfahren nunmehr beim Bundesgerichtshof anhängig. Auf eine Vorlage des Kartellsenats hat der Große Zivilsenat in der Rechtswegfrage inzwischen durch Beschluß vom 22.3.1976 entschieden, daß der ordentliche Rechtsweg gegeben sei. Ärzte, die Laborleistungen nachfragten oder erbrächten, seien als Unternehmen, und deren Standesorganisationen ohne Rücksicht auf deren Rechtsform als Vereinigungen von Unternehmen anzusehen, soweit sie zugunsten der Ärzte den mit Dritten bestehenden Wettbewerb beeinträchtigten.¹⁾

Die Landeskartellbehörde Bayern leitete ein Ermittlungsverfahren ein, das sie allerdings bis zum endgültigen Abschluß der Zivilrechtsstreitigkeit aussetzte.²⁾

1) Vgl. WuW/E OLG 1427; WuW/E BGH 1469; Tätigkeitsbericht 1976, S. 88, 112.

2) Vgl. Bayerisches Staatsministerium für Wirtschaft und Verkehr als Landeskartellbehörde, Kartellbericht 1974, S. 51.

Ebenfalls nur von der Zivilgerichtsbarkeit "erledigt", obwohl das OLG Stuttgart ausdrücklich feststellte, daß die Beklagte "ordnungswidrig im Sinne von § 26 Abs. 1 GWB" gehandelt habe, wurde der

Deutsches Reisebüro GmbH-Fall:

Die Klägerin betrieb ein Unternehmen für Flugreisen. Sie vertrieb die von ihr veranstalteten Reisen über private Reisebüros, die auch für die Beklagte, die Deutsche Reisebüro GmbH (DER) tätig waren. Die Beklagte veranstaltete ebenfalls Flugreisen, die sie über DER-Reisebüros verkaufte.

Die zwischen der Beklagten und den DER-Reisebüros abgeschlossenen Verträge bestimmten u.a.:

...

4. Die Vertretung verpflichtet sich, ...

- b) die Interessen der vom DER vertretenen Unternehmen und des DER - auch hinsichtlich der von ihm angebotenen touristischen Leistungen in jeder Hinsicht zu wahren, bereitwillig und kostenlos über die Leistungen dieser Unternehmen Auskunft zu erteilen und für sie zu werben, wobei die Weisungen des DER zu befolgen sind.

...

- h) keine Vertretung von Verkehrsunternehmen zu übernehmen, die mit Vertragspartnern des DER, insbesondere der Deutschen Bundesbahn, im Wettbewerb stehen. In Zweifelsfällen ist vorher die Zustimmung des DER einzuholen. Dies gilt auch für Zweigschalter und Annahmestellen sowie für Filialen, die weder Zweigschalter noch Annahmestellen sind.

Zur Unterrichtung der DER-Reisebüros gab die Deutsche Rei-

sebüro GmbH die "DER-Mitteilung" heraus. In der Ausgabe Nr. 12/66 vom 21.3.1966 veröffentlichte sie unter der Überschrift "Allgemeines" unter Bezugnahme auf die Firma "der ferienflug GmbH und Co KG" Stuttgart:

"Von Buchungen für diese Firma bitten wir abzu-
sehen. Sie bereitet - unter auffälliger Anlehnung
an unsere Firmenbezeichnung - unseren eigenen Flug-
reisen Wettbewerb."

Nach Auffassung des OLG Stuttgart handelte es sich bei der Erklärung der Beklagten um eine Boykottaufforderung im Sinne des § 26 Abs. 1 GWB. Das Gericht stellte fest, daß die in den Verträgen enthaltenen Einschränkungen der geschäftlichen Tätigkeit der DER-Reisebüros diesen nicht die funktionelle Selbständigkeit und damit die Eignung nehme, Adressat einer Boykottaufforderung zu sein. Zwar charakterisiere sich die Boykottmaßnahme der Beklagten nach ihrer Begründung als eine Abwehrmaßnahme gegen das Verhalten der Klägerin, welche ausnahmsweise zulässig sein könne. Im vorliegenden Fall wolle aber die Beklagte die Klägerin nicht durch eigene bessere Leistung, sondern durch das Ausspielen ihrer wirtschaftlichen Machtstellung verdrängen. Dabei komme es nicht darauf an, ob sie ein marktbeherrschendes Unternehmen sei, sondern allein darauf, ob ihre wirtschaftliche Stellung ihr die Mittel in die Hand gebe, den Wettbewerb der Klägerin und damit deren wirtschaftliche Tätigkeit zu beeinträchtigen. ¹⁾

1) Urteil vom 16.9.1966, 2 U (Kart) 65/66 (unveröffentlicht).

Daß Boykottaufrorderungen nicht immer von Handelsunternehmen ausgehen, sondern - wenn auch seltener ¹⁾ von untereinander konkurrierenden Herstellern, belegt schließlich noch der

Dampfbügelautomaten-Fall.

Die Firma Philipps GmbH, Hamburg, warb seit der Kölner Hausratsmesse (Domotechnika) im März 1975 für ihre Bügel-eisen mit den Aussagen:

"Leitungswassergeeignet"

"Destilliertes Wasser können Sie vergessen ..."

"Und das Kalksieb kann jederzeit vom Benutzer gereinigt werden."

"Philipps hat einen Dampfbügler entwickelt, der leitungswassergeeignet ist".

Dagegen wandte sich die Firma Rowenta-Werke GmbH, Offenbach. Dieses Unternehmen hatte im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland einschließlich West-Berlin am Markt für Dampfbügeleisen einen Marktanteil von über 50 %.

Sie erwirkte beim LG Frankfurt eine einstweilige Verfügung, durch welche der Firma Philipps die Behauptung "Philipps hat einen Dampfbügler entwickelt, der leitungswassergeeignet ist", untersagt wurde. Bezüglich der weiteren Aussagen traf das Gericht keine Entscheidung. Daraufhin versandte Rowenta ein Rundschreiben an den "Elektro-Fach-Groß- und Einzelhandel".

1) Vgl. noch "Zahninstrumenten-Fall", S. 43.

Darin führte sie unter anderem aus, daß die erwähnten werblichen Behauptungen der Firma Philipps "irreführend und unrichtig" seien. Im Interesse einer "vollständigen Information des Handels sehe sie es als ihre Pflicht an, "über den tatsächlichen und wahren Sachverhalt zu informieren".

Nach einer detaillierten Einzelkritik schloß das Schreiben mit folgenden Ausführungen:

"Wir sind unverändert der Meinung, daß es besser ist, zuvor das Wasser zu entkalken, als danach das Gerät zu reparieren.

Jede andere Einstellung muß dem Gedanken des Dampfbügels nachhaltig schaden - dies gilt für alle Verbraucher, für alle Händler und für alle Hersteller. Gemeinsam haben wir uns mit ihnen in vielen Jahren mit Erfolg um diesen Markt bemüht, und wir alle sollten nicht zulassen, daß er Schaden leidet. Nun müssen Sie entscheiden, welches Gerät Sie Ihren Kunden empfehlen.

Unabhängig davon haben wir zu eindeutigen Klärung der Situation die Gerichte angerufen."

Auf Antrag der Philipps GmbH untersagte das Landgericht Hamburg der Firma Rowenta GmbH mit Beschluß vom 14.10. 1975 die weitere Verbreitung des Rundschreibens. ¹⁾

1) Unveröffentlicht, 15 O. 747/15.

Die bislang geschilderten Sachverhalte trugen sich sämtlich unter der Geltung des GWB zu. Infolge der Tendenz der Kartellbehörden, nach einer Anfangsperiode vornehmlich "pädagogischen" Wirkens verstärkt zu repressiven Maßnahmen überzugehen, sind sie zumeist sogar recht jungen Datums. Die Auswahl der Fälle erfolgte auch insoweit im besonderen Hinblick auf deren ordnungswidrigkeitenrechtliche und strafrechtliche Implikationen.

Daß freilich der wirtschaftliche Boykott nicht erst seit Bestehen einer rechtlich verfaßten Wettbewerbsordnung auch ein Problem des Strafrechts darstellen kann, bezeugt sehr anschaulich eine Entscheidung des Reichsgerichts in Strafsachen vom 29.11.1900. Der folgende vom Landgericht Schweinfurt festgestellte Sachverhalt im

Munitionsfabriken-Fall

veranlaßte das Reichsgericht zu noch heute lesenswerten Ausführungen über das Verhältnis von Erpressung und Androhung einer (kollektiven) Liefersperre:

"Die Firma "Rheinisch-Westfälische Sprengstoff-Aktiengesellschaft Abteilung Nürnberg" gehört einem Verbande deutscher und ausländischer Munitionsfabriken an, der sich "behufs Regelung der Preisverhältnisse" zusammengeschlossen hat. Die Teilnehmer haben unter anderem vereinbart, daß von ihnen an solche Firmen, die trotz Verwarnung von anderen, dem Verbande nicht angehörigen Fabriken kaufen, nicht geliefert werden dürfe. Dies wurde den Kunden der dem Verbande angehörigen Fabriken mittels Cirkulars bekannt gegeben, und so auch dem Kaufmann G. in Sch., einem

Kunden der obengenannten Nürnberger Firma.

Gleichwohl bezog G. Waren, namentlich Patronenhülsen von der Badischen Sprengkapsel-, Zündhütchen- und Munitionsfabrik von Sch., die außerhalb des Verbandes steht. Darum schrieb der Angeklagte als Direktor und namens der Nürnberger Firma im Auftrage des Verbandsvorsitzenden am 16. Januar 1900 an G. einen Brief, in welchem dieser auf die erwähnte "Konventionsbestimmung" aufmerksam gemacht wird und ihm die Folgen einer Fortsetzung von Bezügen bei der Firma Sch. vorgehalten werden. Dieser Brief enthält die "Verwarnung", die der Einstellung weiterer Lieferungen vorausgehen muß.

Ihm war zum Schluß die Bitte an G. angefügt, der Nürnberger Firma "der Kontrolle wegen" zu sagen, was und welche Quantitäten er gekauft habe.

In einem zweiten Brief, vom 24. desselben Monats, verlangte der Angeklagte von G., umgehend mitzuteilen, welche Stellung er in dieser Angelegenheit nunmehr einzunehmen gedenke, wie hoch sich seine Bezüge von Jagdhülsen beliefen, ob und in welchem Umfange er auch andere Artikel bezogen habe.

Endlich schrieb der Angeklagte am 31. Januar 1900 an G., wenn dieser nicht morgen telegraphiere, wie er sich in Zukunft zu dieser Angelegenheit stellen wolle, werde die unmittelbare Folge sein, daß sämtliche Konventionsfirmen benachrichtigt werden, daß ihm nichts mehr geliefert werden dürfe, auch nicht von der Firma in Nürnberg.

Darauf antwortete G. zwar, die Konvention habe seine volle Sympathie und er unternehme nichts, was gegen deren Be-

dingungen verstoße, allein er ließ sich nicht darin beirren, später noch weitere Munitionswaren von Sch., der solche billiger liefert, als die Konventionsfabriken, zu beziehen, während er bei letzteren seit Abgabe jener Erklärung nichts mehr bestellte."

Das Reichsgericht hob das freisprechende Urteil des Landgerichts wegen mehrerer Rechtsirrtümer und unvollständiger Sachverhaltsfeststellungen auf und machte dabei deutlich, daß nach seiner Auffassung die Androhung einer Liefersperre gegen § 253 StGB verstoßen könne.¹⁾

1) Vgl. RGSt 34, 15 ff.

III. Verfahren wegen Verstoßes gegen das Wettbewerbsrecht der Europäischen Gemeinschaften

Die Vereinbarung einer kollektiven Liefersperrre verstößt gegen das allgemeine Verbot des Art. 85 Abs. 1 EWG-Vertrag.¹⁾ Da die Anwendung von Art. 85 jedoch die Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels innerhalb der Gemeinschaft voraussetzt, kommt der Norm angesichts der Regionalität der meisten Boykottvorkommnisse (sogar innerhalb der einzelnen Mitgliedstaaten) insoweit bei der Spruchpraxis der EG-Kommission kaum merkliche Bedeutung zu.

Um einen dieser sehr seltenen Sachverhalte handelte es sich im Fall

Papiers peints de Belgique,

in dem die EG-Kommission eine Bußgeldentscheidung traf:

Das im Jahre 1922 gegründete Groupement des Fabricants de papiers peints de Belgique besteht aus vier Mitgliedsunternehmen. Mit Hilfe eines "Règlement d'ordre intérieur" bezweckte das Groupement, wie die EG-Kommission feststellte, eine Einschränkung des Wettbewerbs beim Verkauf von Tapeten in Belgien.

Im Rahmen seiner wettbewerbsbeschränkenden Tätigkeit griff

1) Vgl. nur Mailänder, in: Gemeinschaftskommentar Art. 85 EWGV Rn. 138 mit Nachw.; Gleiss/Hirsch, Art. 85 (1) EWGV Rn. 143. Die tatsächliche Durchführung der Sperrre ist nicht erforderlich, vgl. Gleiss/Hirsch, a.a.O., Rn. 143.

Die "einfache" Lieferverweigerung stellt unter bestimmten Voraussetzungen einen "Mißbrauch" im Sinne von Art. 86 EWGV dar, vgl. Mailänder, in: Gemeinschaftskommentar Art. 86 EWGV Rn. 64 mit Nachw.; Gleiss/Hirsch, Art. 85 (1) EWGV Rn. 143.

das Groupement auch zum Mittel des Boykotts. Im Oktober 1971 faßte es die Entschließung, den Tapetenhndler Pex und das Unternehmen International Decor nicht mehr zu beliefern. In dem von der EG-Kommission unter anderem aus diesem Grunde eingeleiteten Verfahren beriefen sich das Groupement und seine Mitglieder darauf, die Liefer-sperre sei deshalb gerechtfertigt, weil Pex nicht die Allgemeinen Geschäftsbedingungen und damit die gebundenen Preise einhalte und auch nicht deren Einhaltung bei seinen Abnehmern garantiere. Die EG-Kommission erachtete diesen Einwand freilich für unbegründet, da im konkreten Fall die allgemeinen Geschäftsbedingungen und die kollektiv gebundenen Preise Verstöße gegen Art. 85 Abs. 1 EWG-Vertrag darstellten, Pex deshalb bei ihrer Einhaltung selbst gegen Art. 85 Abs. 1 verstoßen hätte.

Auch der weitere Einwand des Groupement, Pex habe bei dessen Mitglied Papier-peints Brepols S.A. - das übrigens der Veranlasser des kollektiven Boykotts war - Schulden gehabt, legitimierte nach Auffassung der EG-Kommission nicht die Boykottmaßnahmen. Dieser Umstand rechtfertige zum einen nicht eine Lieferverweigerung durch die anderen Mitglieder des Groupement. Aber auch im Falle von Papier-peints Brepols S.A. ergebe sich hieraus keine Rechtfertigung, da die Schulden (erst) zur Zeit der Boykottaufforderung entstanden seien.

Schließlich hielt die EG-Kommission auch für unerheblich, daß ein von Pex beliefertes Unternehmen nicht die vom Groupement festgesetzten Preise und das Verbot der Auszeichnung von Preisnachlässen respektiert habe. Dieser

Einwand wäre selbst dann unbeachtlich, wenn das von Pex belieferte Unternehmen in Einzelfällen höhere Preise als die festgesetzten vom Publikum verlangt hätte, denn dieses sei in seiner Preisgestaltung frei.

Die EG-Kommission wies in der Begründung ihrer Entscheidung darauf hin, daß es sich beim kollektiven Boykott "um eine der schwersten Zuwiderhandlungen gegen die Wettbewerbsregeln" handle. Sie setzte gegen die Betroffenen deshalb eine Geldbuße in Höhe von 358.500 Rechnungseinheiten fest.¹⁾

Die Androhung von Liefersperren war in dem umfangreichen Sachverhaltskomplex, über den der Europäische Gerichtshof im Verfahren gegen die

Europäische Zuckerindustrie

zu befinden hatte, eine von mehreren dort praktizierten Formen wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens. Der EuGH stellte hierzu fest, daß ein Hersteller mit marktbeherrschender Stellung, der Händlern androht, er werde sie überhaupt nicht oder nicht in dem gewünschten Umfang beliefern, falls sie ihre Ausfuhren nicht bestimmten Empfängern oder Verwendungszwecken vorbehalten, gegen Art. 86 EWG-Vertrag verstößt.²⁾

1) Vgl. WuW/E EV 519. Die Entscheidung wurde vom Europäischen Gerichtshof im wesentlichen bestätigt, vgl. EuGH RsprGH 1975, 1491 = WuW/E EWG/MUV 379.

2) Vgl. EuGH RsprGH 1975, 1663 = WuW/E EWG/MUV 347.

Ebenfalls Teil eines ganzen Bündels wettbewerbsbeschränkender Praktiken war die Liefersperre im

United-Brands-Fall.

Die United Brands Company, New York, ist mit ihren über die ganze Welt verstreuten Tochtergesellschaften eines der stärksten Unternehmen auf dem Weltbananenmarkt. Die Tätigkeit von United Brands erstreckt sich von der Erzeugung von Bananen über deren Transport und Vertrieb bis zum Marketing.

1974 beschäftigte die United Brands Company weltweit insgesamt mehr als 60.000 Personen, besaß mehr als 30.000 Hektar Bananenanbaufläche und verkaufte mehr als 2 Mio. Tonnen Bananen (35 % der **Weltausfuhr**). Außerdem besaß die Firma eine der weltgrößten Bananenflotten.

Die Marktstellung des Unternehmens verstärkte sich seit dem Jahr 1967 noch, als es begann, mit Hilfe großangelegter Werbeaktionen den Verkauf von Markenbananen unter der Marke "Chiquita" zu betreiben. Die starke Marktstellung, die United Brands unter anderem durch die Einführung dieser Markenbanane errang, ermöglichte es dem Unternehmen, Chiquita-Bananen zu durchschnittlich 30 - 40 % höheren Preisen zu verkaufen als markenlose Bananen.

In Dänemark setzte U.B.C. ihre Produkte über mehrere Vertriebs- und Reifereiunternehmen ab. Ungefähr die Hälfte des Absatzes erfolgte dabei über die Gesellschaft Lembana. Der Rest wurde über die Gesellschaften Interfrugt, Holmskov und - bis Oktober 1973 - auch über die Firma Th. Olesen

vertrieben. Die vier größten Vertriebs- und Reifereiunternehmen, die über mehr als zwei Drittel der Reifereikapazitäten verfügten, waren damit für United Brands tätig. Die meisten der Bananen wurden in Bremerhaven ausgeschifft. Sie machten ca. 45 % aller in Dänemark verkauften Bananen aus.

Im Jahre 1969 übernahm das Unternehmen Th. Olesen - zusätzlich zu dem Vertrieb von Chiquita-Bananen - für Dänemark den Alleinvertrieb für die Gesellschaft International Fruit Company, Rotterdam, den Importeur von Dole-Bananen, einem Konkurrenzprodukt von Chiquita. Diese werden weltweit von der Gruppe Castle & Cook vertrieben.

Th. Olesen handelte insoweit nicht anders als die anderen dänischen Vertriebs- und Reifereiunternehmen, die Vertragspartner von United Brands waren. Diese verkauften sämtlich neben Chiquita-Bananen ebenfalls größere oder kleinere Mengen Bananen anderer Marken sowie Bananen ohne Markenzeichen.

Im Frühjahr und Herbst 1973 startete Castle & Cook eine umfassende Werbekampagne für ihre Markenbananen Dole, welche sich über sämtliche europäischen Länder erstreckte. In Dänemark wirkte bei dieser Absatzförderungsaktion, die unmittelbar von Castle & Cook beschlossen und finanziert worden war, Th. Olesen mit. Olesen hatte zuvor schon bei Werbekampagnen für die von ihm verkauften Bananen anderer Marken, insbesondere auch der United-Brands-Bananen, mitgewirkt, zum Beispiel erst im September 1973 an einer Werbeaktion für Chiquita-Bananen in Dänemark. Am 10. Oktober 1973 teilte United Brands Olesen mit, sie

werde ihm in Zukunft keine Chiquita-Bananen mehr liefern, und nannte als Grund hierfür die Werbekampagne, die im Oktober in Dänemark für Dole-Bananen angelaufen war. Nach der Einstellung der Lieferungen durch United Brands wandte sich Olesen zwecks Ersatzbeschaffung an die anderen United Brands-Vertriebshändler- und Reifereien in Dänemark sowie an eine Gesellschaft der Scipio Gruppe, Hamburg, dem größten Importeur- und Vertriebshändler von United Brands-Produkten in Deutschland. Alle Anfragen erhielten einen abschlägigen Bescheid. Infolge der durch United Brands Company veranlaßten Liefersperre verlor Olesen mehrere wichtige Kunden, die keine Geschäfte mehr mit ihm tätigen wollten, nachdem er ihnen keine Chiquita-Bananen mehr liefern konnte. Außerdem erlitt das Unternehmen dadurch Verluste, daß es 1967 bis 1968 für den Vertrieb von United Brands-Bananen seine Reifereikapazitäten erweitert hatte. Diese konnten nunmehr zum Teil nicht ausgenutzt werden. Olesen wandte sich wegen des Verhaltens der United Brands Company mit einer Beschwerde an die Kommission der Europäischen Gemeinschaften. Darauf nahm im Frühjahr 1975 United Brands die Lieferungen an Olesen wieder auf.

Wegen anderer mißbräuchlicher Verhaltensweisen von United Brands führte die Kommission ihr Verfahren weiter und setzte sie gegen United Brands eine Geldbuße in Höhe von 1 Million RE fest. Auf die Klage des betroffenen Unternehmens gegen diese Entscheidung beim Europäischen Gerichtshof bestätigte das Gericht die Kommissionsentscheidung in wesentlichen Teilen. Es stellte fest, daß die den Vertriebshändlern auferlegte vertragliche Verpflichtung, Ba-

nanen nur in ausgereiftem Zustand weiterzuverkaufen ("Grünklausel"), welche eine einem Ausfuhrverbot vergleichbare Wirkung erzielte, als Mißbrauch einer marktbeherrschenden Stellung gegen Art. 86 EWG-Vertrag verstoßen habe. Ebenso erachtete das Gericht die Lieferverweigerung als Verstoß gegen diese Norm. United Brands habe schließlich auch dadurch gegen das Mißbrauchsverbot verstoßen, daß es den in den verschiedenen Mitgliedsstaaten ansässigen Vertriebshändlern für gleichwertige Leistungen ungleiche Preise abverlangt habe.

Der EuGH hielt für dieses Verhalten eine Geldbuße in Höhe von 850 000 RE für angemessen.¹⁾

Daß die Frage, ob ein "anderes" Unternehmen zu einer Liefersperre veranlaßt wird, mitunter schwierig zu beantworten ist, jedenfalls aber wohl nicht zwangsläufig eine Differenzierung bei der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung nahelegt, zeigt das Verfahren der Organe der EG wegen eines Verstoßes gegen das Mißbrauchsverbot des Art. 86 EWG-Vertrag im

Commercial-Solvents-Fall.

Die amerikanische Gesellschaft Commercial Solvents Corporation (CSC) erwarb im Jahre 1962 51 % des stimmberechtigten Stammkapitals der italienischen Firma Istituto Chemioterapico Italiano (Istituto). CSC hielt im Vorstand

1) Vgl. WuW/E EV 651; WuW/E EWG/MUV 425; vgl. auch FAZ Nr. 37 v. 15.2.1978, S. 11 und FAZ Nr. 39 v. 17.2.1978, S. 13.

und im Verwaltungsrat des italienischen Pharmazieunternehmens die Hälfte der Sitze. Der Vorsitzende des Verwaltungsrats, dessen Stimme bei Stimmengleichheit den Ausschlag gab, war ein Vertreter von CSC. Die Geschäftsführer (Consiglieri delegati), denen die Führung der Geschäfte von Istituto oblag, blieben über das Jahr 1962 hinaus dieselben. Seither mußten sie jedoch für eine gewisse Grenze überschreitende Investitionen die Zustimmung des Vorstands von CSC einholen.

CSC produzierte und verkaufte unter anderem Erzeugnisse auf Nitroparaffin-Basis, darunter 1-Nitropropan und ein Derivat hiervon, 2-Amino-1-Butanol ("Aminobutanol"), ein Zwischenprodukt bei der Herstellung des Tuberkuloseheilmittels Etambutol. Das letztere wurde unter anderem von dem italienischen Pharmazieunternehmen Zoja hergestellt.

Die CSC-Istituto-Gruppe, die nach den Feststellungen der EG-Kommission auf dem Gemeinsamen Markt eine beherrschende Stellung für Rohstoffe innehatte, die für die Herstellung von Etambutol notwendig waren, weil sie ein Weltmonopol für die Erzeugung und den Verkauf von Nitropropan und Aminobutanol besaß, lieferte in den Jahren 1966 bis 1970 über Istituto diese Zwischenprodukte in großen Mengen an Zoja. Dann beschloß CSC jedoch, bei Istituto eine eigene Produktion von Etambutol aufzunehmen. Nachdem Istituto im Jahre 1970 dann mit der Produktion begonnen hatte, stellte diese mit der Begründung, ihre Muttergesellschaft habe ihr mitgeteilt, es stehe kein Aminobutanol mehr für den Verkauf zur Verfügung, die Lieferungen an Zoja ein.

Versuche von Zoja, sich bei unabhängigen Händlern, die früher sogar zu günstigeren Bedingungen angeboten hatten, Ersatzlieferungen zu beschaffen, schlugen fehl. Die Händler begründeten die Ablehnung von Lieferungen zum Teil damit, daß CSC ihre Belieferung abgebrochen habe, zum Teil damit, daß ihnen die Ausfuhr und der Verkauf für pharmazeutische Zwecke untersagt worden sei.

Daraufhin beantragte Zoja bei der EG-Kommission die Einleitung eines Verfahrens. Das italienische Unternehmen warf der Gruppe CSC unter anderem vor, sich den Weltmarkt von Etambutol mit einer anderen amerikanischen Gruppe, der American Cynamid Co. (ACC), aufgeteilt zu haben.

Weiterhin habe CSC durch Absprachen mit den unabhängigen Händlern und durch Exportverbote einen Boykott gegen Zoja organisiert.

In ihrer Entscheidung ließ die EG-Kommission die Möglichkeit offen, wegen des letzterwähnten Boykottvorwurfs ein besonderes Verfahren wegen Verstoßes gegen Art. 85 Abs. 1 EWGV einzuleiten. Sie erachtete jedoch das Verhalten der Gruppe CSC und deren Tochter ICI als einen Verstoß gegen das Mißbrauchsverbot des Art. 86 EWG-Vertrag. Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang, daß die EG-Kommission die von der Norm geforderte Absicht, durch ein mißbräuchliches Verhalten den Wettbewerb auszuschalten, insbesondere daraus folgerte, daß die Belieferung von Zoja zu einem Zeitpunkt abgebrochen wurde, als sich die Gruppe CSC-ICI gerade vergeblich bemüht hatte, einen Zusammenschluß mit Zoja herbeizuführen, und deshalb nun selbst auf dem Etambutol-Markt tätig werden wollte.

Die Kommission gab CSC und Istituto unter Androhung eines Zwangsgeldes auf, Zoja innerhalb von 30 Tagen 60.000 Kilogramm Nitropropan oder 30.000 Kilogramm Aminobutanol zu liefern und der Kommission innerhalb von zwei Monaten Vorschläge über die weitere Belieferung von Zoja zu unterbreiten. Ferner setzte sie gegen die beiden Unternehmen eine gesamtschuldnerisch zu entrichtende Geldbuße in Höhe von 200.000 Rechnungseinheiten fest.

Auf die Klage von CSC und Istituto wies der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften die von den Betroffenen vorgebrachten Rügen als unbegründet zurück. Er ermäßigte lediglich die festgesetzte Geldbuße mit dem Hinweis darauf, daß die EG-Kommission schneller hätte eingreifen und dadurch die Dauer der Zuwiderhandlung hätte kürzer sein können, und darauf, daß CSC und Istituto die Lieferauflage erfüllt hätten, auf 100.000 Rechnungseinheiten.¹⁾

1) Vgl. WuW/E EV 427; EuGH RsprGH 74, 843 = WuW/E EWG/MUV 315; vgl. dazu noch Joliet, Der Begriff der mißbräuchlichen Ausnutzung in Art. 86 EWGV, Europarecht 1973, 97 ff.

EXKURS: BOYKOTTAUFFORDERUNGEN DURCH VERBRAUCHERVERBÄNDE
UND ANDERE FORMEN ORGANISIERTEN "KÄUFERSTREIKS"

Die organisierte Kaufenthaltung galt und gilt weithin als eine der wenigen Möglichkeiten eines Personenkreises mit wenig spezifischer und deshalb schwacher Repräsentation, eigene Interessen durchzusetzen.

Schon 1911 sprach Maschke von der "einzigen Waffe"¹⁾, und 1977 überschrieb die Verbraucherzentrale Baden-Württemberg e.V. eine "Verbraucherinformation" als "Der Käuferstreik - die letzte Waffe der Verbraucher".²⁾

Hinsichtlich bestimmter Lebens- oder Genußmittel verzeichneten Boykottmaßnahmen bereits eine lange Tradition. So wurden z.B. zu Anfang der 70er Jahre des vorigen Jahrhundert Brauereien von Gastwirten wegen einer Erhöhung der Bierpreise "boykottiert", und veranlaßten 1906 Gewerkschaften und sozialdemokratische Organisationen die Endverbraucher wegen einer Bierpreiserhöhung zum Käuferstreik gegenüber Gastwirten und Flaschenbierhändlern.³⁾

Handelt es sich somit bei "Käuferstreiks" im Grunde um ein altvertrautes Phänomen, ist gleichwohl etwa seit Mitte der 70er Jahre dieses Jahrhunderts eine verstärkte Zunahme einschlägiger Aktivitäten zu verzeichnen.⁴⁾ Dies ist vor

1) Maschke, Boykott, Sperre und Aussperrung (1911), S. 90.

2) Verbraucherinformation der Verbraucherzentrale Baden-Württemberg e.V. (Stuttgart 1977), Der Käuferstreik - die letzte Waffe der Verbraucher.

3) Vgl. Maschke, Boykott S. 90 ff.

4) Insgesamt spielt der gegen Anbieter gerichtete Boykott im Tätigkeitsspektrum der Verbraucherverbände gleichwohl nur eine geringe Rolle, vgl. v.Falckenstein, Die Bekämpfung unlauterer Geschäftspraktiken durch Verbraucherverbände (1977), S. 156.

allem auf einen Wandel der Einstellung zurückzuführen, welche die Verbraucherzentralen und die Arbeitsgemeinschaft der Verbraucherverbände gegenüber Boykottmaßnahmen an den Tag legen. Stellte sich die Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen etwa noch 1973 auf den Standpunkt, daß "nur das Vorliegen übergeordneter Interessen oder eines Notstandes" derartige Maßnahmen rechtfertigten¹⁾, zählt die VZ Baden-Württemberg in einer Publikation Boykottaktionen "zu den systemkonformen Mitteln der freien Marktwirtschaft"²⁾. Dementsprechend nahm die Zahl der organisierten Käuferstreiks zu. So fanden seit 1973 in Düsseldorf, Dortmund und Stuttgart Fleischboykotts wegen überhöhter Fleischpreise statt,³⁾ und berichtet z.B. die Verbraucherzentrale Baden-Württemberg weiter über den Boykott von Wohnungsmaklern⁴⁾, die

-
- 1) Mitteilungsdienst der Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen 1973, H. 3/4 S. 57.
 - 2) Verbraucherzentrale Baden-Württemberg, Käuferstreik S. 1
 - 3) Vgl. von Wrangell, Bericht über den Düsseldorfer Fleischboykott der Verbraucherzentrale NRW im August 1973, Mitteilungsdienst VZ NRW 1973 H. 3/4 S. 55 f.; Verbraucherzentrale Baden-Württemberg, Käuferstreik S. 24 ff. Zusammenfassend von Hippel, Verbraucherschutz (1974), S. 17. Vgl. auch Simitis, Verbraucherschutz, Schlagwort oder Rechtsprinzip (1976), S. 200, der anmerkt, daß die Aktionen, soweit sie erfolgreich gewesen seien, Merkmale aufgewiesen hätten, die ihnen (üblicherweise) fehlten, "nämlich zunächst eine breite Massenbasis, sodann eine organisierte Gruppe, die die Aktionen anleitete, in diesen Fällen den Deutschen Gewerkschaftsbund, und die Bereitschaft sowohl seitens der Führung als auch der Basis, den Konflikt anzustreben und auszufechten." Vgl. ferner noch Wegener, in: Reich-Tonner-Wegener (Hrsg.), Verbraucher und Recht (1976), S. 125 f.
 - 4) Verbraucherzentrale Baden-Württemberg, Käuferstreik S. 14 ff.

Androhung von Boykottmaßnahmen wegen überhöhter Salatpreise oder überhöhter Kontoführungsgebühren von Großbanken ¹⁾ sowie insbesondere über eine Boykottaktion gegen Schleichwerbung bei Sportübertragungen. ²⁾ Die letztere führte zu der bedeutsamsten einschlägigen Entscheidung jüngeren Datums im

Piz-Buin-Fall:

Im Sommer und Herbst 1977 hatten sich die Fälle gehäuft, daß die Fernsehanstalten ARD und ZDF kurzfristig die Übertragung von internationalen Sportveranstaltungen vom Programm absetzten. Der Grund dafür war jedesmal die sogenannte "Trittbrettfahrerwerbung" durch Werbeunternehmen. Dabei wurden über das übliche in den Stadien und sonstigen Sportstätten regulär angebrachte Maß an visuellen Werbemitteln ad hoc für den Zweck der Fernsehübertragung gesonderte Werbemittel aufgestellt, die anlässlich der Fernsehübertragung mitauszusenden die Fernsehanstalten nicht umhin konnten. Die Werbeunternehmen bedienten sich auf diesem Wege der Werbewirksamkeit von Fernsehsendungen, ohne den Kostenaufwand für bezahlte Fernsehwerbung tragen zu müssen.

Da die Gefahr bestand, daß die Fernsehanstalten aus diesem Grunde auch weitere Übertragungen ausfallen lassen würden,

-
- 1) Verbraucherzentrale Baden-Württemberg, Käuferstreik S. 49 ff. und 61 ff.; vgl. dazu auch die Stellungnahme der Deutschen Bank AG, FAZ Nr. 150 v. 2.7.77, S. 11.
 - 2) Verbraucherzentrale Baden-Württemberg, Käuferstreik S. 52 ff.

kündigte die Verbraucherzentrale Baden-Württemberg an, sie werde die Verbraucher künftig zum Boykott derjenigen Produkte auffordern, deren Hersteller wegen der für diese betriebenen "Schleichwerbung" den Ausfall von Fernsehübertragungen von Sportveranstaltungen veranlaßten.

Am 18. und 19.1.1975 fand das Internationale Hahnenkamm-Skirennen in Kitzbühl (Österreich) statt. Aus diesem Anlaß vereinbarte die österreichische Kosmetikfirma Greiter, Herstellerin des Sonnenschutzmittels Piz-Buin, mit dem Skiclub Kitzbühl als Veranstalter des Rennens, daß entlang der Rennpiste im Schwenkbereich der Fernsehkameras auf Transparenten für "Piz-Buin" geworben werden dürfe. Dafür hatte sie an den Veranstalter einen Betrag von 400.000 österreichischen Schillingen zu zahlen, der sich auf 272.000öSh reduzieren sollte, falls die zuständige deutsche Fernsehanstalt das Rennen nicht übertragen sollte. Weil die Firma Greiter trotz Beanstandung durch Vertreter des ZDF die Streckenwerbung nicht entfernte, entschloß sich die Anstalt von einer Direktübertragung des Skirennens abzusehen und lediglich nach Beendigung des Rennens unter Aussparung der Werbung eine Aufzeichnung auszustrahlen.

In einer Presseerklärung vom 17.1.1975 teilte das ZDF hierzu u.a. mit, daß die Fa. Greiter gezielt im Hinblick auf die Fernsehübertragung Werbung in der Sportstätte angebracht habe, das ZDF deshalb aber nach der bestehenden Rechtslage keine auf eine Fernsehübertragung hin gezielt vorgenommene Werbung habe ausstrahlen dürfen.

Draufhin gab die Verbraucherzentrale Baden-Württemberg am

21.1.1975 folgende Presseerklärung ab:

"... Der Verbraucherzentrale ist bekannt, daß sich Vertreter des ZDF im Gespräch mit der Herstellerfirma bemüht haben, eine andere Plazierung der Werbung zu erreichen, so daß die Werbung bei Erfassung des sportlichen Geschehens von den Fernsehkameras hätte ausgespart werden können. Dieser Bitte wurde nicht entsprochen . . . Die Verbraucherzentrale sieht keine andere Möglichkeit, um im Interesse des Verbrauchers die künftige Übertragung von Sportveranstaltungen sicherzustellen, als die Öffentlichkeit über das Verhalten dieser Firma zu informieren. Die Verbraucherzentrale ruft darüber hinaus die deutschen Verbraucher auf, bei künftigen Einkäufen dieses verbraucherunfreundliche Verhalten der Herstellerfirma zu berücksichtigen. Sie ist der Auffassung, daß ein gemeinsames Vorgehen der Verbraucher geeignet ist, für die nächste Zukunft die Voraussetzung für die Übertragung von Sportveranstaltungen zu schaffen."

Auf eine Unterlassungsklage der Herstellerfirma erachtete das OLG Stuttgart diese Boykottaufforderung für rechtmäßig. Es berief sich dabei auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, nach der der Schutz eines privaten Rechtsgutes (hier: Schutz des Unternehmens aus den §§ 823 Abs. 1, 826 BGB) um so mehr zurückzutreten habe, je mehr es sich bei einer Äußerung um einen Beitrag zum geistigen Meinungskampf in einer die Öffentlichkeit wesentlich berührenden Frage durch einen dazu Legitimierten handle. Dies gelte auch für Boykottaufforderungen, die nicht mit wirtschaftlichen Machtmitteln durchgesetzt werden sollten, und die - wie im vorliegenden Fall - "angesichts ihrer zurückhaltenden Formulierung mehr als spektakulär geäußerte Kritik denn als Aufforderung zur wirtschaftlichen Vernichtung zu verstehen" seien.¹⁾

1) NJW 1975, 1888 f.; WuW 1976 S. 143 = WuW/E OLG 1635.

Schon älteren Datums ist der als weiteres Beispiel erwähnenswerte

Stuttgarter Milchstreik-Fall:

Aus Anlaß und zwecks Abwehr einer bevorstehenden Milchpreiserhöhung riefen einige Mitglieder des Betriebsrats der Firma B die Belegschaft des Unternehmens zur Einstellung bzw. Einschränkung des Bezugs von Milch in den Werkskantinen auf. Der Aufruf wurde weitgehend befolgt und führte zu einem 90prozentigen Absatzrückgang der Kantinen.

Das Landgericht Stuttgart prüfte auf die Klage des Unternehmens die Boykottaufforderung am Maßstab des § 826 BGB. Es erachtete die Boykottaktion für rechtmäßig: so wie die an der Milchpreiserhöhung interessierten wirtschaftlichen Kreise ihren Einfluß auf Regierung und Bundestag geltend machten, müsse es auch der Verbraucherschaft erlaubt sein, ihre wirtschaftlichen Interessen in erlaubtem Rahmen, aber wirksam zu vertreten.¹⁾

Die Zulässigkeit von Boykottmaßnahmen im Verbraucherinteresse wird auch im Schrifttum zum Teil nachhaltig befür-

1) LG Stuttgart NJW 1956, 1073 ff. mit Anm. Redeker; dazu auch Benisch, Der organisierte Käuferstreik, NJW 1956, 1185 f. sowie Reuß, Der sogenannte "Käuferstreik", AcP 156 (1957), S. 89 ff.

wortet.¹⁾ So hält es Simitis für einen Mangel der aktuellen Rechtslage, daß die Zulässigkeit einschlägiger Boykotts erst im Einzelfall aufgrund einer Interessenabwägung festgestellt werden müsse. Er schlägt deshalb vor, daß dies durch Gesetz ausdrücklich klargestellt werden sollte. Jeder Boykott im Verbraucherinteresse solle rechtmäßig sein, sofern er nicht die vorsätzliche sittenwidrige Schädigung des Betroffenen bezwecke. Simitis geht in seinen rechtspolitischen Überlegungen sogar bis zum Vorschlag einer Institutionalisierung von Boykottmaßnahmen: Einem (noch einzurichtenden) Verbraucherschutzamt solle der Gesetzgeber "das Recht einräumen, Boykotts zu organisieren, und zwar sowohl generell gegen gewisse Produkte (Fleischboykott) oder Unternehmer (Veranstalter von Kaffeefahrten oder mit Mondpreisen arbeitende Supermärkte) als auch gegen bestimmte Waren (ein besonders phosphathaltiges Waschmittel)".²⁾

Beiden Vorschlägen begegnen erhebliche Bedenken:

Soweit Boykottaufrufe von Verbraucherorganisationen durch Gesetz als grundsätzlich zulässig erklärt werden sollen, muß darauf hingewiesen werden, daß bereits nach gegenwärtiger Rechtslage Boykottmaßnahmen, die sich nur gegen bestimmte Waren, nicht aber gegen bestimmte Anbieter rich-

1) Vgl. von Hippel, Verbraucherschutz, S. 17; Simitis, Verbraucherschutz S. 290; Rinck, Kritik und Boykott durch Verbraucherverbände, Betriebsberater 1961, 613 f. Redeker, NJW 1956, 1073 f.; Reuß, Der sogenannte Käuferstreik", AcP 156 (1957), S. 89 ff., 113; Wegener, in: Reich/Tonner, Wegener (Hrsg.), Verbraucher und Recht, S. 125 f., 134 f. Kritisch Benisch, Der organisierte Käuferstreik, NJW 1956, 1185 f.

2) Simitis, Verbraucherschutz S. 290.

ten, als generell zulässig erachtet werden, wenn sie das Ziel haben, die Verbraucherschaft zu informieren und vom Kauf überteuerter oder minderwertiger Produkte abzuhalten. Die Grenze der Zulässigkeit erreicht ein Boykottaufruf danach erst dann, wenn er unrichtige Tatsachenbehauptungen enthält oder diffamierenden Charakter trägt.¹⁾

Dieses Merkmal entspricht aber faktisch ohnehin dem von Simitis vorgeschlagenen Abgrenzungskriterium der vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung.

Richten sich dagegen Boykottaufrufe von Verbraucherorganisationen gegen bestimmte Unternehmen, sind sie nach geltendem Recht zwar nur unter besonderen Umständen zulässig. Da das Spannungsverhältnis zwischen dem Recht am Unternehmen bzw. dem Recht auf unternehmerische Betätigung einerseits und dem Recht auf freie Meinungsäußerung andererseits die Notwendigkeit einer Güterabwägung zwischen Werten von Verfassungsrang begründet, verbietet sich hier aber auch de lege ferenda jede generalisierende Auflösung dieses Spannungsverhältnisses durch den Gesetzgeber.²⁾ Dieser Auffassung scheint im übrigen auch die Bundesregierung zu sein, die diesbezügliche Gesetzesänderungen nicht für notwendig hält.³⁾

Die Bedeutung des Art. 5 Grundgesetz für die Bewertung

1) Vgl. Rinck, Kritik und Boykott durch Verbraucherverbände, Betriebsberater 1961, 613 f., 614; Wegener a.a. O. S. 125 m. weit. Nachw.

2) Deutlich in dieser Richtung insbesondere Rinck, Kritik und Boykott durch Verbraucherverbände, Betriebsberater 1961 S. 613, 614.

3) Staatssekretär Grüner, Information in WuW 1974, 36 f.

der Zulässigkeit von Boykotts liefert ein weiteres gewichtiges Argument gegen den Vorschlag von Simitis, ein Verbraucherschutzamt mit der Vornahme von Boykottmaßnahmen zu betrauen. Wie die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Fernseh- und Rundfunkwesen klargestellt hat, ist den Grundrechten aus Art. 5 eigentlich, daß ihre Ausübung staatsfrei erfolgen muß.¹⁾ Soweit der Staat über die Schaffung des organisatorischen Rahmens für das Rundfunk- und Fernsehwesen gleichwohl Einfluß ausübt, wird dem Erfordernis der Staatsfreiheit dadurch Rechnung getragen, daß in den Anstaltsorgans "gesellschaftlich relevante Kräfte" repräsentiert sind und die Programmgestaltung unter dem Gebot der "Ausgewogenheit" steht. Ein Verbraucherschutzamt entspräche aber weder von seiner Organisationsform her dem - schwerlich auf andere Bereiche übertragbaren - Rundfunkmodell, noch ist insbesondere vorstellbar, daß notwendig einseitige und somit "unausgewogene" Boykottaufrufe durch dasselbe Verbraucherschutzamt, das sie äußert, ein Korrektiv erhielten.

Die rechtliche Problematik des organisierten Käuferstreiks soll mit diesen cursorischen Bemerkungen nur angedeutet sein. Ihre Vertiefung verbietet sich an dieser Stelle.

Im Hinblick auf die Thematik der vorliegenden Untersuchung ist jedoch abgrenzend folgendes festzustellen:

Verbraucherboykotts verstoßen nicht nur deshalb nicht gegen das Boykottverbot des GWB, weil wegen der "Tatbestandstechnik" des Gesetzgebers § 26 Abs. 1 insoweit zu eng und

1) Vgl. nur BVerfGE 12, 205, 261 ff.

deshalb unzulänglich wäre. Der eigentliche Grund hierfür liegt vielmehr im Fehlen eines spezifischen Wettbewerbsbezugs.¹⁾ Zwar weist auch die organisierte Kaufenthaltung die typische Dreier-Konstellation auf. Ebenso handelt es sich bei den Beeinträchtigten um Unternehmen. Jedoch verfolgen das einschlägige Verbot im GWB sowie die Rechtsprechung zu § 1 UWG Schutzzwecke²⁾, die durch entsprechende Verbraucheraktivitäten allenfalls insofern tangiert werden können, als der Schutz einzelner Unternehmen in Frage steht. Die Wettbewerbsordnung bleibt hingegen regelmäßig unberührt. Auch bei Beeinträchtigung einzelner Unternehmen verbleibt deshalb die wesensmäßige Verschiedenheit solcher Boykottmaßnahmen, welche Wettbewerber oder deren Vereinigungen im Wettbewerb unternehmen, und solcher, die von Nicht-Unternehmern zur Verfolgung außer-wettbewerbllicher Zwecke eingesetzt werden.

Beim Verbraucherboykott handelt es sich folglich um ein Problem des allgemeinen Zivilrechts - oder gegebenenfalls eines weiter zu entwickelnden Verbraucher(schutz)rechts³⁾, nicht aber des Wettbewerbsrechts.

1) Vgl. nur Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbsrecht, Einl. UWG Rn. 233: "Verbraucherverbände, die in Erfüllung des satzungsgemäßen Zwecks ihre Mitglieder durch Veröffentlichung von Warentests oder Preisvergleichen aufklären, handeln nicht zu Zwecken des Wettbewerbs."

2) Vgl. nur Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbsrecht, Einl. UWG Rn. 208 ff., 233.

3) Auch wenn dessen Normen in andere Kodifikationen eingestellt werden sollten:
Vgl. z.B. die Klagebefugnis, die § 13 Abs. 1a UWG den Verbraucherverbänden in einzelnen Fällen einräumt.

2. KAPITEL DIE ERFASSUNG DES WIRTSCHAFTLICHEN BOYKOTTS DURCH DAS WETTBEWERBSRECHT UND DAS ZIVILRECHT

Der wirtschaftliche Boykott ist nicht nur ein Problem des Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen, sondern er wird auch durch das Recht des unlauteren Wettbewerbs und das zivilistische Deliktsrecht erfaßt. Die zum Teil unterschiedlichen Regelungen in diesen drei Bereichen haben einen gemeinsamen Ausgangspunkt:

Der Boykottatbestand setzt in seiner Grundstruktur begriffsnotwendig eine Dreierbeziehung voraus.¹⁾ Im allgemeinen Sprachgebrauch werden die drei Parteien wie folgt bezeichnet:

1. der Auffordernde, Verrufer bzw. Boykottierer. Im Fall der erfolgreichen Boykottaufforderung (sowie nach § 26 Abs. 1 GWB a.F.) auch Veranlasser.
2. Der Sperrer, Adressat der Boykottaufforderung bzw. Ausführer.
3. Schließlich der Gesperrte, Boykottierte bzw. Verrufene.

Die Trennung dieser drei Boykottparteien stellt regelmäßig vor keine besonderen Auslegungsprobleme. Schwierigkeiten ergeben sich allenfalls in Bezug auf das Verhält-

1) Einhellige Auffassung. Vgl. nur Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbsrecht, § 1 UWG Rn. 227; Benisch, in: Gemeinschaftskommentar § 26 Abs. 1 Rn. 3; Emmerich, Wettbewerbsrecht, S. 140; Frankfurter Kommentar § 26 Tz. 8; Langen/Niederleithinger/Schmidt § 26 Rn. 5; I. Schmidt, Wettbewerbspolitik S. 235; Tiedemann, Kartellrechtsverstöße S. 16. Aus der Rechtsprechung z.B. schon RGZ 155, 257 ff.

nis zwischen Verrufer und Sperrer. Eine Dreierbeziehung liegt nach allgemeiner Auffassung¹⁾ nämlich dann nicht vor, wenn der Adressat der Verrufserklärung gegenüber dem Auffordernden als Konzernunternehmen abhängig oder in sonstiger Weise weisungsgebunden ist, zum Beispiel dann, wenn es sich beim Adressaten der Aufforderung um eine hundertprozentige Tochtergesellschaft des Verrufers handelt.²⁾ Andererseits sollen jedoch lediglich schuldrechtliche Beziehungen zwischen Aufforderer und Sperrer eine solche Abhängigkeit und damit das Vorliegen einer wirtschaftlichen Einheit noch nicht begründen.³⁾ Diese Differenzierung ist richtig und folgt letztlich aus dem Wesen des Boykotts: Bei Vorliegen einer einheitlichen Organisationsgewalt handelt es sich nicht mehr um die Beeinflussung "Dritter", also Inhabern eigener Entscheidungsfreiheit, seien diese auch rechtlich verselbständigt, z.B. als juristische Person. Dagegen beeinträchtigt die Selbstkoordination autonomer Entscheidungsträger mittels schuld-

1) Vgl. Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbsrecht, § 1 UWG Rn. 229; Benisch, in: Gemeinschaftskommentar § 26 Abs. 1 Rn. 7; Frankfurter Kommentar § 26 Tz. 11; Langen/Niederleithinger/Schmidt § 26 Rn. 10.

2) WuW/E BGH 1240.

3) Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbsrecht, § 1 UWG Rn. 229; Benisch, in: Gemeinschaftskommentar § 26 Abs. 1 Rn. 7; Langen/Niederleithinger/Schmidt § 26 Rn. 11; Müller/Giessler/Scholz § 26 Rn. 4.
Weiter dagegen im "Gesangbuch-Fall" BGH 19, 72 = WuW/E BGH 127; zustimmend Frankfurter Kommentar § 26 Tz. 11.

rechtlichen Vertrags prinzipiell nicht deren funktionelle Selbständigkeit und Fähigkeit zur selbständigen Entscheidung.¹⁾

Auch die Mitgliedschaft in einem Verband beseitigt die funktionelle Selbständigkeit seiner Mitglieder nicht. Deshalb wendet sich die Boykottaufforderung eines Verbandes an dessen Mitglieder immer an "andere".²⁾

Im einzelnen unterscheiden sich allerdings die gesetzliche Regelung im GWB und die Rechtsprechung zum Recht des unlauteren Wettbewerbs sowie zum Recht der unerlaubten Handlungen im Zivilrecht jeweils nach ihrer unterschiedlichen Schutzrichtung.

I. § 26 Abs. 1 GWB

1) Die einzelnen Merkmale

a) Der Aufforderer muß ein Unternehmen sein. Aufgrund einer sehr weiten Auslegung dieses Merkmals durch die Rechtsprechung begründet "jedwede Tätigkeit im geschäft-

1) Vgl. weiter Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbsrecht, § 1 UWG Rn. 229, der zutreffend darauf hinweist, daß sich der Boykott ohnehin "weniger gegen die Willensfreiheit des Adressaten, als vielmehr gegen den Boykottierten" richtet.

2) Vgl. nur Benisch, in: Gemeinschaftskommentar § 26 Abs. 1 Rn. 7; Kartte, WuW 1961, 170, 176; Langen/Niederleithinger/Schmidt § 26 Rn. 12; Müller/Giessler/Scholz § 26 Rn. 4.

lichen Verkehr"¹⁾ die Unternehmenseigenschaft. Ebenso wendet sich § 26 Abs. 1 an "Vereinigungen von Unternehmen".

Dagegen konstituieren selbst erhebliche wirtschaftliche Auswirkungen einer Boykottaufforderung noch keine Unternehmenseigenschaft des Verrufers. Neben Boykottaufforderungen von Privatpersonen, politischen Parteien, Religionsgemeinschaften und Idealvereinen scheiden deshalb insbesondere auch Boykottaufrufe von Verbrauchervereinigungen aus dem Anwendungsbereich der Norm aus.²⁾

b) Beim Adressaten muß es sich um ein "anderes Unternehmen oder Vereinigungen von Unternehmen" handeln. Namentlich Boykottaufforderungen an private Endverbraucher werden somit von der Norm nicht erfaßt.³⁾

c) Beim Gesperrten oder Verrufenen begnügt sich das Gesetz nicht mit dessen Unternehmenseigenschaft. Dieser muß viel-

1) WuW/E BGH 442; WuW/E BGH 1469 ("Autoanalyzer"); vgl. weiter Müller/Giessler/Scholz § 26 Rn. 5.

2) Vgl. Benisch, in: Gemeinschaftskommentar § 26 Abs. 1 Rn. 4; Müller/Giessler/Scholz § 26 Rn. 5.

3) Vgl. Benisch, in: Gemeinschaftskommentar § 26 Abs. 1 Rn. 4; Langen/Niederleithinger/Schmidt § 26 Rn. 9; Müller/Giessler/Scholz § 26 Rn. 5.

Ein Boykottaufruf an Privatverbraucher kann jedoch gegen § 26 Abs. 2 GWB verstoßen, wenn marktbeherrschende Unternehmen hierdurch Konkurrenten unbillig behindern.

mehr ein "bestimmter Wettbewerber" des Auffordernden sein. Allerdings werden an das Vorliegen eines Wettbewerbsverhältnisses großzügige Anforderungen gestellt: Weder ist erforderlich, daß Aufforderer und Gesperrter derselben Branche angehören oder daß sie einen identischen Kundenkreis haben, noch daß sie derselben Wirtschaftsstufe angehören (z.B. dem Groß- oder Einzelhandel).¹⁾ Jedoch müssen Aufforderer und Gesperrter im Hinblick auf die Ware oder Leistung, die Gegenstand des Boykotts ist, in einem Wettbewerbsverhältnis stehen²⁾, oder muß sich zumindest die Beeinträchtigung des Gesperrten auf einem solchen Markt auswirken.³⁾ Schließlich reicht selbst ein "indirektes" Wettbewerbsverhältnis zwischen den Mitgliedern eines auffordernden Verbandes und dem Verrufenen hin.⁴⁾

Die "Bestimmtheit" des Wettbewerbers bedeutet für die

-
- 1) Vgl. Benisch, in: Gemeinschaftskommentar § 26 Abs. 1 Rn. 6; Frankfurter Kommentar § 26 Tz. 16, 17; Langen/Niederleithinger/Schmidt § 26 Rn. 19 ff.; Müller/Giessler/Scholz § 26 Rn. 7.
 - 2) Etwas einschränkend so Benisch, in: Gemeinschaftskommentar § 26 Abs. 1 Rn. 6.
 - 3) So die herrschende Meinung; vgl. Frankfurter Kommentar § 26 Tz. 17; Langen/Niederleithinger/Schmidt § 26 Rn. 21, 43; Müller/Giessler/Scholz § 26 Rn. 7.
 - 4) Vgl. Kartte, WuW 1961, 170, 177; Langen/Niederleithinger/Schmidt § 26 Rn. 20; WuW/E BKartA 1286 ("Oldtimer").

Praxis Bestimmbarkeit.¹⁾ So kann selbst die Verwendung von Gattungsbegriffen ("die Warenhäuser") den Tatbestand erfüllen, wenn eine erkennbare Bezugnahme die Möglichkeit zur Individualisierung einräumt, z.B. wenn es sich um das erste und einzige Warenhaus am Platze handelt.²⁾

d) Das Verhalten, zu dem der Verrufer auffordert, umschreibt das Gesetz als "Liefersperren oder Bezugssperren". Nach einhelliger Auffassung muß auch dieses Tatbestandsmerkmal weit ausgelegt werden, da mit dieser Formulierung nur die beiden Marktseiten gekennzeichnet sein sollen.³⁾ "Sperre" bedeutet deshalb ganz allgemein jeglicher Ausschluß vom Geschäftsverkehr bei gewerblichen Leistungen. So fallen hierunter auch das Zeitungsannoncengeschäft, der Grundstücksverkehr, das Verkehrswesen, Kreditgeschäfte oder die Stromlieferung.⁴⁾

Die Sperre kann im Abbruch bestehender Geschäftsbeziehungen liegen als auch in der Verweigerung neuer ("newcomer")⁵⁾ Es reicht hin, wenn der Sperrer nur einzelne Erzeugnisse

1) Vgl. Benisch, in: Gemeinschaftskommentar § 26 Abs. 1 Rn. 5; Kartte, WuW 1961, 170, 171; Langen/Niederleithinger/Schmidt § 26 Rn. 23; Müller/Giessler/Scholz § 26 Rn. 9.

2) Überwiegende Auffassung. Enger insoweit Frankfurter Kommentar § 26 Tz. 22.

3) Müller/Giessler/Scholz § 26 Rn. 10.

4) Vgl. die Beispiele bei Benisch, in: Gemeinschaftskommentar § 26 Abs. 1 Rn. 10.

5) Vgl. Benisch, in: Gemeinschaftskommentar § 26 Abs. 1 Rn. 9; Langen/Niederleithinger/Schmidt § 26 Rn. 39; Müller/Giessler/Scholz § 26 Rn. 10.

oder Leistungen verweigert, den Lieferumfang beschränkt oder den Geschäftsverkehr nur zeitlich begrenzt verweigert.¹⁾ Auch darauf, ob ein "üblicher" Geschäftsverkehr verweigert wird oder nicht, kommt es nach im Vordringen befindlicher Auffassung nicht an.²⁾

Abgrenzungs- und Auslegungsprobleme ergeben sich hier insofern, als die bloße Erschwerung des Geschäftsverkehrs noch keine Sperre darstellt.³⁾ Hier sind insbesondere ungünstige Preise, Konditionen und Rabatte zu nennen. Er gibt die Auslegung im Einzelfall freilich, daß solche Bedingungen abverlangt werden, die einen Geschäftsabschluß unzumutbar machen, ist nach herrschender Auffassung eine Sperre gegeben.⁴⁾

e) Die eigentliche Tathandlung umschreibt das Gesetz als "Auffordern". Ein erfolgreiches "Veranlassen" wie bis zur 2. GWB-Novelle 1973 erforderlich - braucht nicht vorzulie-

1) Vgl. Benisch, in: Gemeinschaftskommentar § 26 Abs. 1 Rn. 10, 11; Langen/Niederleithinger/Schmidt § 26 Rn. 36, 37.

2) So Langen/Niederleithinger/Schmidt § 26 Rn. 41; Müller/Giessler/Scholz § 26 Rn. 11.
A.A. noch Benisch, in: Gemeinschaftskommentar § 26 Abs. 1 Rn. 9, 11; Frankfurter Kommentar § 26 Tz. 24.

3) Benisch, in: Gemeinschaftskommentar § 26 Abs. 1 Rn. 11; Frankfurter Kommentar § 26 Tz. 28; Langen/Niederleithinger/Schmidt § 26 Rn. 40; Müller/Giessler/Scholz § 26 Rn. 12.

4) Vgl. Benisch, in: Gemeinschaftskommentar § 26 Abs. 1 Rn. 11; Langen/Niederleithinger/Schmidt § 26 Rn. 40; Müller/Giessler/Scholz § 26 Rn. 12.

gen. Gleichwohl will das wettbewerbsrechtliche Schrifttum die zum Tatbestandsmerkmal der "Veranlassung" entwickelten Grundsätze bei der Auslegung des "Aufforderns" weiter heranziehen.¹⁾ So soll auch noch nach gegenwärtigem Recht unter einer Aufforderung "die Aufhebung oder Minderung der Entschlußfreiheit"²⁾ zu verstehen sein. Dieser Auffassung begegnen jedenfalls im Hinblick auf die neue Gesetzeslage Bedenken:

Unstreitig sind zwar nicht Wortlaut und Form einer Verurufserklärung maßgeblich, sondern ihr Inhalt, wie er vom Adressaten verstanden werden muß.³⁾ Die Auslegung bedarf hierfür der Heranziehung der Interessenlage der Beteiligten. Ebenso muß mit der herrschenden Auffassung davon ausgegangen werden, daß eine Anwendung von Druckmitteln oder das Versprechen bzw. Gewähren von Vorteilen zur Willensbeeinflussung nicht erforderlich ist.⁴⁾

Mit dem Schrifttum wird auch hier die "bloße" Tatsachenmitteilung oder ein Hinweis auf die bestehende Rechtslage grundsätzlich noch nicht als Auffordern im Sinne des Gesetzes verstanden.

1) Vgl. Benisch, in: Gemeinschaftskommentar § 26 Abs. 1 (2. Lieferung) Rn. 1; Langen/Niederleithinger/Schmidt § 26 Rn. 44-47; Müller/Giessler/Scholz § 26 Rn. 13.

2) So die Definition des "Veranlassens" von § 26 Abs. 1 a. E.; vgl. z.B. WuW/E BKartA 1282 ("Oldtimer").

3) Vgl. Langen/Niederleithinger/Schmidt § 26 Rn. 47 m.w. Nachw.; Müller/Giessler/Scholz § 26 Rn. 13.

4) Vgl. Langen/Niederleithinger/Schmidt § 26 Rn. 46; Müller/Giessler/Scholz § 26 Rn. 13.

Wenn die wettbewerbsrechtliche Literatur jedoch auch zum neuen Rechtszustand weiter ausführt, "die bloße Anregung, die keinerlei Einfluß auf die Willensentscheidung nimmt", reiche nicht aus¹⁾, ist dies zumindest mißverständlich formuliert. Zumal dann, wenn man die im Schrifttum verbreitete Auffassung²⁾ beim Wort nimmt, daß das Gesetz insoweit auch die "versuchte Anstiftung" erfaßt, ist die Annahme, es müsse eine Minderung der Entschlußfreiheit beim Adressaten erfolgen, nicht haltbar. Ebenso wie bei der strafrechtlichen Anstiftung handelt es sich auch bei der Aufforderung um eine "geistige Beeinflussung".³⁾ Diese soll zwar die Willensbildung beim Adressaten beeinflussen. Hierfür ist aber keine Minderung der Entschlußfreiheit, geschweige denn deren Aufhebung erforderlich. Es soll vielmehr nur ihre Ausübung in eine bestimmte Richtung gelenkt werden. Insofern soll auch die "bloße Anregung" - sofern überhaupt ernstlich gemeint - im Regelfall durchaus Einfluß auf die Willensentscheidung nehmen.

Hieraus folgt auch für die materiell-wettbewerbsrechtliche Interpretation des § 26 Abs. 1 GWB eine sachliche Identität der Bestimmungshandlungen bei § 26 Abs. 1 GWB und § 26 StGB.

1) Vgl. Langen/Niederleithinger/Schmidt § 26 Rn. 47; Müller/Giessler/Scholz § 26 Rn. 14.

2) Vgl. Müller/Giessler/Scholz § 26 Rn. 13.

3) Vgl. nur Jescheck, AT, S. 521 m. weit. Nachw.

f) Das Merkmal der "unbilligen Beeinträchtigung" des Boykottierten erfährt im wettbewerbsrechtlichen Schrifttum ausführliche Erörterung. Hierauf und auf eine umfangreiche Judikatur kann im Zusammenhang der vorliegenden Untersuchung nur verwiesen werden.¹⁾ Im Hinblick auf die Funktion des § 26 Abs. 1 GWB als materiell-wettbewerbsrechtliche Norm mag die Feststellung hinreichen, daß die generalklauselhafte Weite dieses Tatbestandsmerkmals keine Probleme mit sich bringt, die die üblichen Anforderungen an die Auslegung zivilrechtlicher Normen überstiege.²⁾

Inwiefern die gesetzliche Formulierung Konsequenzen für die Bedeutung der Norm als Ordnungswidrigkeitstatbestand hat, wird an anderer Stelle erörtert.³⁾

g) Der Verrußer muß in der "Absicht" handeln, "bestimmte Wettbewerber" "unbillig zu "beeinträchtigen". Die Absicht soll sich auf alle diese drei Merkmale beziehen.⁴⁾ Das wettbewerbsrechtliche Schrifttum folgert aus der gesetzlichen Formulierung einhellig, daß insoweit auch bei einer Anwendung der Vorschrift als materiell-wettbewerbsrechtlicher Norm die Begriffsmerkmale der Absicht im strafrechtlichen Sinne erfüllt sein müssen. Das Vorliegen von *dolus directus* oder

1) Vgl. die Nachweise auf S.

2) Vgl. zur Verfassungskonformität selbst weitester Gesetzesmerkmale im materiellen Wettbewerbsrecht auch BVerfGE 32, 311, 317 (zu § 1 UWG).

3) Vgl. 3. Kapitel, S. 122 ff.

4) Vgl. Langen/Niederleithinger/Schmidt § 26 Rn. 16; Müller/Giessler/Scholz § 26 Rn. 16.

gar dolus eventualis wird als nicht ausreichend erachtet.¹⁾ Auch insoweit kann hier nur auf die anschließenden ordnungswidrigkeiten- und strafrechtlichen Erörterungen verwiesen werden.²⁾

1) Vgl. Benisch, in: Gemeinschaftskommentar § 26 Abs. 1 Rn. 28; Langen/Niederleithinger/Schmidt § 26 Rn. 17; Müller/Giessler/Scholz § 26 Rn. 17

2) Vgl. 3. Kapitel, S. 170 ff.

2) Zivilrechtliche und kartellverwaltungsrechtliche Rechtsfolgen

§ 26 Abs. 1 ist ein Schutzgesetz im Sinne von § 35 GWB.¹⁾
Bei Vorliegen aller tatbestandlichen Voraussetzungen hat der Beeinträchtigte Anspruch auf Schadensersatz. Ferner bestehen Unterlassungsansprüche aus § 35 GWB sowie analog § 1004 BGB.²⁾

Schließlich kann die Kartellbehörde im objektiven Verfahren nach § 37 a Abs. 2 GWB die Boykottaufforderung untersagen.³⁾

1) Einhellige Auffassung; vgl. Benisch, in: Gemeinschaftskommentar § 26 Abs. 1 Rn. 29, § 35 Rn. 4. Vgl. auch K. Schmidt, Kartellverfahrensrecht-Kartellverwaltungsrecht-Bürgerliches Recht (1977), S. 371, 373.

2) Vgl. Benisch, in: Gemeinschaftskommentar § 35 Rn. 28 m. weit. Nachw.

3) Vgl. Langen/Niederleithinger/Schmidt § 26 Rn. 153.

II. § 1 UWG und §§ 823, 826 BGB1) § 1 UWG

Die Aufforderung zu Liefersperren oder Bezugssperren verstößt als sittenwidrige Wettbewerbshandlung grundsätzlich gegen § 1 UWG.¹⁾ Ihre Wettbewerbswidrigkeit beruht darauf daß sie nicht "auf eine unmittelbare Förderung des eigenen Angebots, sondern auf eine dem Grundsatz des Leistungswettbewerbs²⁾ widersprechende Behinderung des Mit-

-
- 1) Vgl. nur Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbsrecht, § 1 UWG Rn. 233; von Godin, Wettbewerbsrecht, U § 1 Rn. 192; Reimer/von Gamm, Wettbewerbsrecht, Kapitel 33 Rn. 14; Ulmer/Reimer, Das Recht des unlauteren Wettbewerbs in den Mitgliedstaaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, Bd. III, Nr. 885. Aus der Rechtsprechung vgl. BGHZ 23, 365, 371.

Die ältere Rechtsprechung des RG, die sowohl den wettbewerbslichen als auch den außerwettbewerbslichen Boykott nur bei Vorliegen bestimmter, sehr einengender Umstände für sittenwidrig erachtete, ist überholt. Grundlegend RGZ 140, 423, 431, wonach Sittenwidrigkeit nur dann vorliegen sollte, wenn eine öffentliche Verrufserklärung gegeben war, die erfolgreich bezweckte, den Gegner wirtschaftlich völlig zu vernichten, es sich dabei um eine Verrufserklärung ohne Angabe von Tatsachen oder mit aufreizendem Inhalt handelte und die Maßregel des Boykottierers in unbilligem Verhältnis zur Handlungsweise des Boykottierten stand.

- 2) Zu diesem Begriff vgl. Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbsrecht, Allg. Rn. 22, Einl. UWG Rn. 92 ff.; zusammenfassend hierzu neuestens Ulmer, Der Begriff "Leistungswettbewerb" und seine Bedeutung für die Anwendung von GWB und UWG-Tatbeständen, GRUR 1977, S. 656 ff.

bewerbers zielt, die es ihm erschwert oder unmöglich macht, seine Leistung auf dem Markt zur Geltung zu bringen".¹⁾ Es handelt sich um eine klassische Form des Behinderungswettbewerbs.²⁾ Als das spezifisch wettbewerbswidrige Moment wird die "Behinderung des Mitbewerbers durch Absperren vom Markt als Mittel zur Erlangung eigener Vorteile oder völliger Negierung des Leistungsprinzips"³⁾ erachtet.

Der Schutzbereich des § 1 UWG entnommenen Boykottsverbots ist spürbar weiter als derjenige von § 26 Abs. 1 GWB.⁴⁾ So werden durch § 1 UWG auch Boykottaufforderungen erfaßt, die sich nicht an andere Unternehmen sondern z.B. an private Verbraucher richten.⁵⁾ Ferner liegt eine nach § 1 erforderliche Wettbewerbshandlung nicht nur dann vor, wenn

1) Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbsrecht, § 1 UWG Rn. 233.

2) Neben dem unter Fn. 1 erwähnten Schrifttum so schon Böhm, Wettbewerb und Monopolkampf (1933), S. 74. Die Abgrenzung zum Leistungswettbewerb ist hier eindeutig. Dazu, daß andere weniger gravierende leistungsfremde Praktiken als eine "dritte, mit "Nichtleistungswettbewerb" umschriebene Gruppe in der grauen Zone zwischen lauterem und unlauterem Wettbewerb angesehen werden", vgl. Ulmer, GRUR 1977, 567. Zur Unterscheidung von Leistungs- und Behinderungswettbewerb grundlegend Nipperdey, Wettbewerb und Existenzvernichtung (Berlin 1933), S. 16.

3) Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbsrecht, § 1 UWG Rn. 233.

4) Vgl. nur Ingo Schmidt, Wettbewerbspolitik S. 238.

5) Vgl. Frankfurter Kommentar § 26 Rn. 109.

sie dem eigenen Wettbewerb des Handelnden dient, sondern auch, wenn sie den Wettbewerb eines Dritten fördern soll.¹⁾ Dementsprechend richtet sich das aus § 1 UWG folgende Boykottverbot nicht nur gegen Unternehmen, sondern auch gegen Privatpersonen. Hinsichtlich der subjektiven Tatseite besteht nicht das mißdeutbare Absichtserfordernis. Vielmehr genügt Kenntnis der Tatumstände, die bei objektiver Würdigung die Sittenwidrigkeit der Wettbewerbs-handlung begründen.²⁾ Im Hinblick auf das höchst differenzierte Rechtsfolgen bzw. -schutzgefüge kann an dieser Stelle nur auf das wettbewerbsrechtliche Schrifttum verwiesen werden.³⁾

2) §§ 823, 826 BGB

Noch weitergehenden Schutz gewährt nach seinen Voraussetzungen § 823 Abs. 1 BGB. Auch Boykottaufforderungen, die nicht zu Wettbewerbszwecken, sondern z.B. aus sittlichen, sozialen, religiösen oder politischen Gründen erfolgen, können einen unmittelbaren Eingriff in den einge-

1) Vgl. Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbsrecht, Einl. UWG Rn. 208, 224 ff.

2) Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbsrecht, Einl. UWG Rn. 121 f.

3) Vgl. z.B. Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbsrecht, Einl. UWG Rn. 240 ff. mit zahlreichen weit. Nachw.
Zu § 823, 826 BGB vgl. Palandt-Thomas, BGB, § 823 Anm. 5, 8, 9; § 826 Anm. 5.

richteten und ausgeübten Gewerbebetrieb darstellen.¹⁾
 Aus der Konturenschwäche dieses "Rahmenrechts" folgt
 freilich, daß hier nicht bereits die Beeinträchtigung
 des Gewerbebetriebs die Rechtswidrigkeit indiziert, son-
 dern daß das Rechtswidrigkeitsurteil erst nach einer um-
 fassenden Güter- und Pflichtenabwägung unter Würdigung
 aller relevanten Umstände des Einzelfalles möglich ist.²⁾
 Demgegenüber kommt § 826 BGB geringere Bedeutung zu, da
 die Norm zusätzlich Sittenwidrigkeit des Verhaltens so-
 wie Vorsätzlichkeit der Schadenszufügung fordert.³⁾

III. Konkurrierende Vorschriften

Fordern sich mehrere Unternehmen gegenseitig zur Ge-
 schäftsverweigerung auf und setzen sie sich über die Un-
 wirksamkeit dieser Vereinbarung hinweg, liegt neben der
 Verletzung von § 26 Abs. 1 ein Verstoß gegen § 1 in Ver-
 bindung mit § 38 Abs. 1 Nr. 1 GWB vor.⁴⁾ Verabreden mehre-

-
- 1) Vgl. dazu zusammenfassend Polzius, Zulässigkeit und Grenzen des wirtschaftlichen Boykotts (iur. Diss. Köln 1961), S. 38 ff.; Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbsrecht, § 1 UWG Rn. 242.
 - 2) Vgl. nur BGHZ 24, 200, 206 ("Spätheimkehrer"); GRUR 65 440 = WuW/E BGH 697 ("Milchboykott"). Vgl. weiter Frankfurter Kommentar § 26, Tz. 112.
 - 3) Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbsrecht, § 1 UWG Rn. 242; Palandt-Thomas, BGB, § 826 Anm. 2, 3.
 - 4) Vgl. Benisch, in: Gemeinschaftskommentar § 26 Abs. 1 Rn. 30; Helm, Das Kartellrecht in der Wirtschaftspraxis S. 166; zusammenfassend Kartte, WuW 1961, 170, 177 ff. Handelt es sich um den Beschluß eines Verbandes als einer "Vereinigung von Unternehmen", gilt dies eben- falls; vgl. Kartte, a.a.O., S. 178.

re Unternehmen, andere Unternehmen zu Liefer- oder Bezugssperren aufzufordern, und handeln sie entsprechend, verstoßen sie ebenfalls gegen das "Kartellverbot". Das letztere kann auch in der Form "abgestimmten Verhaltens" im Sinne von § 25 Abs. 1 GWB erfolgen.

Erfolgt eine Boykottaufforderung mit Hilfe der in § 25 Abs. 2 GWB aufgeführten Beeinflussungsmittel, liegt zugleich ein Verstoß gegen dieses Verbot vor.¹⁾

Weiter kann der Adressatenkreis des § 26 Abs. 2 GWB durch eine Boykottaufforderung gegen das Verbot unbilliger Behinderung verstoßen.²⁾

Bedient sich ein Verrufer unwahrer Tatsachenbehauptungen, die geeignet sind, den Kredit eines anderen zu gefährden oder sonstige Nachteile für dessen Erwerb oder Fortkommen herbeizuführen, liegt immer auch ein Verstoß gegen § 824 BGB vor, ohne daß es auf ein Handeln zu Zwecken des Wettbewerbs ankäme.³⁾

Erfolgt ein solcher Verstoß überdies zu Zwecken des Wettbewerbs, liegt zugleich ein Verstoß gegen § 14 UWG vor.

1) Vgl. Benisch, in: Gemeinschaftskommentar § 26 Abs. 1 Rn. 30.

2) Benisch, in: Gemeinschaftskommentar § 26 Abs. 1 Rn. 30 Frankfurter Kommentar § 26 Tz. 106 ff.

3) Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbsrecht, §§ 14, 15 UWG Rn. 29 ff.; Benisch, in: Gemeinschaftskommentar § 26 Abs. 1 Rn. 30; Palandt-Thomas, BGB § 824 Anm. 1 ff.

Im Gegensatz zu § 824 BGB begnügt sich § 14 UWG mit der Nichterweislichkeit der behaupteten Tatsache(n).¹⁾

IV. Abgrenzung von § 26 Abs. 1 zu § 18 GWB

Bindungen der in § 18 GWB bezeichneten Art sind nicht von dem Anwendungsbereich von § 26 Abs. 1 GWB ausgenommen.²⁾ Da § 18 kein Verbot statuiert, sondern erst die Zuwiderhandlung gegen eine kartellbehördliche Unwirksamkeitserklärung eine Ordnungswidrigkeit nach § 38 Abs. 1 Nr. 2 GWB darstellt, stellt sich die Konkurrenzfrage grundsätzlich nicht. Jedoch ergibt sich hier die Notwendigkeit einer Abgrenzung. Dabei ist davon auszugehen, daß z.B. eine ausschließliche Bezugsbindung dieselben tatsächlichen Auswirkungen haben kann wie die Veranlassung zu einer Sperre. § 18 nimmt dies jedoch als Nebenfolge hin.³⁾ Voraussetzung hierfür ist aber immer, daß die Ausschließlichkeitsbindung ein positives, zum Ge-

1) Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbsrecht, § 14 UWG Rn. 26; von Godin, Wettbewerbsrecht, U § 14 Rn. 15.

2) Vgl. Langen/Niederleithinger/Schmidt § 18 Rn. 186; Schwartz, in: Gemeinschaftskommentar § 18 Rn. 96 mit weit. Nachw.; Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbsrecht, § 1 UWG Rn. 236. Frankfurter Kommentar § 26 Tz. 117 ff.

3) Vgl. nur Schwartz, in: Gemeinschaftskommentar § 18 Rn. 96 mit weit. Nachw.

schäftsverkehr der gebundenen Parteien hinführendes Element aufweist.¹⁾ Entfällt dieses konstruktive Moment und soll eine Ausschließlichkeitsbindung nur als Zwangsmaßnahme gegen bestimmte Außenseiter dazu dienen, diese vom Markt zu verdrängen, ist der Schutzbereich von § 26 Abs. 1 GWB verletzt.

1) So Rittner, Die Ausschließlichkeitsbindungen in dogmatischer und rechtspolitischer Betrachtung, S. 54 f. Vgl. ferner Benisch, in: Gemeinschaftskommentar § 26 Abs. 1 Rn. 30; Langen/Niederleithinger/Schmidt § 18 Rn. 186; Schwartz, in: Gemeinschaftskommentar § 18 Rn. 96 je mit weit. Nachw.

3. KAPITEL VERFASSUNGSRECHTLICHE, ORDNUNGSWIDRIGKEITENRECHTLICHE UND STRAFRECHTLICHE ASPEKTE DES § 26 ABS. 1 IN VERBINDUNG MIT § 38 ABS. 1 NR. 8 GWB

Nicht jede Aufforderung zu Liefer- oder Bezugssperren erfüllt den Tatbestand des § 26 Abs. 1 i. V. m. § 38 Abs. 1 Nr. 8 GWB, sondern nur diejenige, welche der Verrufer mit der Absicht abgibt, bestimmte Wettbewerber unbillig zu beeinträchtigen.¹⁾ Der Gesetzgeber des GWB hat somit - zumindest formal - von einem generellen Verbot des wirtschaftlichen Boykotts abgesehen und die Feststellung, ob eine Boykottaufforderung wettbewerbs- und ordnungswidrig ist, der Abwägung der Umstände des Einzelfalls vorbehalten. Es blieb deshalb zu einem großen Teil Aufgabe der wettbewerbsrechtlichen Praxis, die Grenzen des Verbots in § 26 Abs. 1 näher zu umschreiben. Dies könnte im Hinblick auf die Funktion der Norm als Ordnungswidrigkeitstatbestand den Einwand geringer oder mangelnder Tatbestandsbestimmtheit herausfordern.

Hierzu sei aber schon vorab festgestellt, daß es sich gerade bei § 26 Abs. 1 i. V. m. § 38 Abs. 1 Nr. 8 GWB um eine im Vergleich zu den anderen GWB-Ordnungswidrigkeiten²⁾ - namentlich § 1 i. V. m. § 38 Abs. 1 Nr. 1³⁾ -

1) Müller/Giessler/Scholz, § 26 Rn. 16, sprechen deshalb vom "herausragenden Merkmal".

2) Zweifel an der Tatbestandsbestimmtheit mehrerer GWB-Tatbestände äußern z.B. Raisch, ZHR Bd. 128 (1966), S. 161, 169 ff.; Steindorff, Zweckmäßigkeit im Wettbewerbsrecht (1959), S. 51 ff.

3) Vgl. dazu insbes. Strickrodt, Die Problematik der Anknüpfung von Bußgeldfolgen an den Tatbestand des § 1 GWB, WuW 1960, 825 ff. sowie Reinhart, Die vorsätzliche Zuwiderhandlung gegen das Kartellverbot (1963).

recht bestimmte und spezifische Unrechtsvertypung handelt:

Die Norm enthält zum einen im "Auffordern zu Liefer- oder Bezugssperren" eine anschauliche Handlungsdeskription ¹⁾, die z.B. gegenüber dem "Sich-Hinwegsetzen" in § 38 Abs. 1 Nr. 1 den Vorzug größerer Enge aufweist. Daß die Aufforderung immer nur auf die Veranlassung von Liefer- oder Bezugssperren gerichtet sein kann und mit der vom Gesetz geforderten "Absicht" vorgenommen werden muß, verstärkt die tatbestandliche Typisierung noch und unterscheidet die Aufforderung auch von der hinsichtlich des Beeinflussungsmodus wesensgleichen Anstiftung.²⁾ Hinzutritt, daß der Verurufsadressat und der zu Sperrende hinreichend klar definiert werden.

Insgesamt enthält so die Norm bereits als materiell-wettbewerbsrechtliches Verbot die bestimmten Merkmale eines ausgeprägten Unrechtssachverhalts und offenbart sich der ordnungswidrigkeitenrechtliche Handlungsunwert nicht erst letztlich in der Sanktionsdrohung - wie z.B. bei § 38 Abs. 1 Nr. 1, 2 oder 4.³⁾

Aus diesem Grunde kann insoweit auch nicht Raisch gefolgt werden, welcher pauschalierend feststellt, die Bestimmtheit der Bußgeldtatbestände des GWB sei "rein formaler Natur".⁴⁾

1) Vgl. auch Leistner, Strafrechtliche Aspekte im Kartellrecht (iur. Diss. Gießen 1972), S. 135 ff.

2) Vgl. oben S. 108 ff.

3) Entsprechend bezeichnet Leistner, Strafrechtliche Aspekte S. 132, die Fälle des § 38 Abs. 1 Nr. 8 auch als "spezifisch originäre Tatbestände".

4) Raisch, ZHR Bd. 128 (1966), 161 ff., 169.

Gleichwohl gibt der Boykotttatbestand wegen der Weite seines Erfordernisses der "Unbilligkeit" Anlaß zu einer Prüfung am Maßstab des Bestimmtheitsgebots.

Das Unbilligkeitsmerkmal macht weiterhin mehrerlei Erläuterungen aus straf- und ordnungswidrigkeitenrechtlicher Sicht notwendig. Desgleichen veranlaßt das Absichtskriterium zu einer kritischen Stellungnahme. Beide Merkmale werfen zudem besondere Irrtumsfragen auf. Schließlich muß geklärt werden, wer im ordnungswidrigkeitenrechtlichen Sinne als tauglicher Täter in Betracht kommt.

I. Unbilligkeit der Beeinträchtigung

Obwohl es sich bei der Absicht der unbilligen Beeinträchtigung nach der gesetzlichen Formulierung insgesamt ¹⁾ um ein subjektives Tatbestandsmerkmal handelt, entscheidet sich doch die für den Verbotsumfang des § 26 Abs. 1 GWB besonders bedeutsame Frage, ob die beabsichtigte Beeinträchtigung auch "unbillig" ist, anhand einer Abwägung objektiver (bzw. objektivierbarer) Umstände. ²⁾

1) Anders beim "Veranlassen" des § 26 Abs. 1 a.F.; vgl. Frankfurter Kommentar § 26 Tz. 34.

2) Die Versubjektivierung des Tatbestandsmerkmals hat allerdings dann Konsequenzen, wenn trotz Vorliegens der entsprechenden Absicht beim Verrufer keine Beeinträchtigung des Verrufenen erfolgt, z.B. weil dieser mühelos seinen Bedarf durch Ersatzlieferungen decken kann: Der Boykotttatbestand ist hier gleichwohl erfüllt. Hiergegen insoweit Lampe (in: Tagungsberichte Bd. 8, Anlage 4, S. 52 f.), der die gesetzliche Formulierung für "falsch" hält, da in diesem Fall "auch bei verwerflicher Absicht kein rechtswidriger Boykott" vorliege.

Das Umfeld dieser für die Unbilligkeitsprüfung heranzuziehenden Faktoren haben die kartellbehördliche Praxis, die Rechtsprechung und das Schrifttum - unter häufigem Rückgriff auf die Boykottrechtsprechung zu den §§ 823, 826 BGB und § 1 UWG - inzwischen abgesteckt:

Zu der Feststellung, ob die beabsichtigte Beeinträchtigung unbillig ist, bedarf es hiernach einer Abwägung der Interessen des Auffordernden einerseits und des Beeinträchtigten andererseits.¹⁾ Über die individuellen Interessen der Betroffenen hinaus ist weiter der auf Erhaltung der Wettbewerbsfreiheit gerichtete Gesetzeszweck des GWB mitzuberücksichtigen.²⁾

Nach der Kartellrechtspraxis und -judikatur, deren Kasuistik hier im einzelnen nicht dargestellt werden kann³⁾ und nur angedeutet werden soll, ist das Merkmal der Unbilligkeit insbesondere dann stets erfüllt, wenn mit einer Boykottaufforderung Zwecke verfolgt werden, die der geltenden Rechts- und Wirtschaftsordnung schlechthin entgegenstehen.⁴⁾ Das ist zum Beispiel dann der Fall, wenn mittels einer Boykottaufforderung eine Monopolisierung ange-

1) Benisch, in: Gemeinschaftskommentar § 26 Abs. 1 Rn. 20; Frankfurter Kommentar § 26 Tz. 36; Langen/Niederleithinger/Schmidt § 26 Rn. 26; WuW/E BKartA 1286.

2) So die h.M.; vgl. Langen/Niederleithinger/Schmidt § 26 Rn. 26; Tätigkeitsbericht 1963, S. 30. A.A. wohl Benisch, in: Gemeinschaftskommentar § 26 Abs. 1 Rn. 20.

3) Vgl. hierzu nur die zahlreichen Entscheidungsnachweise im Frankfurter Kommentar § 26 Tz. 36 ff. sowie Ergänzung zu Tz. 36, 65; Benisch, in: Gemeinschaftskommentar § 26 Abs. 1 Rn. 20 sowie § 26 Abs. 1 (9. Lfg.) Rn. 2; Langen/Niederleithinger/Schmidt § 26 Rn. 26 ff.

4) Langen/Niederleithinger/Schmidt § 26 Rn. 28.

strebt wird, wenn die Liefer- oder Bezugssperre, zu der aufgefordert wird, ihrerseits gegen die Rechtsordnung verstößt, beispielsweise gegen § 26 Abs. 2 GWB, oder der Verurfer sich verbotenen Drucks nach § 25 Abs. 2 GWB bedient,

1) Art. 103 Abs. 2 Grundgesetz

Von den einzelnen ordnungswidrigkeits- und strafrechtlichen Aspekten verdient zunächst vorrangig die verfassungsrechtliche Frage Aufmerksamkeit, ob die generalklauselhafte Weite des Unbilligkeitskriteriums den Anforderungen des Bestimmtheitsgebots aus Art. 103 Abs. 2 GG noch genügt. Dieser Grundsatz gilt, wie § 3 OWiG klarstellt, auch für Ordnungswidrigkeitentatbestände.²⁾ Dabei ist aber vorab zu bedenken, daß nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts³⁾ der Bestimmtheitsgrundsatz einen graduierbaren Maßstab darstellt, der je nach der in Frage stehenden Strafsanktion weiter oder enger sein kann. Dies erlaubt den Schluß, daß Ordnungswidrigkeitentatbestände generell nicht das gleich hohe Maß an Tatbestandsbestimmtheit aufzuweisen brauchen wie Kriminalstraftatbestände.⁴⁾

-
- 1) Langen/Niederleithinger/Schmidt § 26 Rn. 28; Müller/Giessler/Scholz § 26 Rn. 18a.
 - 2) Vgl. Maunz/Dürig/Herzog, GG, Art. 103 Abs. 2, Rn. 114; Göhler, Ordnungswidrigkeitengesetz (5. Aufl. 1977), § 3 Rn. 1; Tröndle, in: LK § 1 Rn. 10.
 - 3) Vgl. BVerfGE 41, 314, 320: "Jedenfalls muß das Gesetz die Strafbarkeitsvoraussetzungen um so präziser bestimmen, je schwerer die angedrohte Sanktion ist". Vgl. ferner BVerfGE 14, 245, 251; 26, 41, 43.
 - 4) Vgl. Tiedemann, Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht (1969), S. 197 ff. et passim; zustimmend Steindorff, in: Lorenz-Festschrift (1973), S. 217, 239; ebenso - wenn auch einengend differenzierend - Raisch, ZHR Bd. 128 (1966), S. 161, 179.

Dementsprechend hat auch Tiedemann im Hinblick auf die große Weite des Unbilligkeitsmaßstabes ausgeführt, daß Generalklauseln wie bei § 26 Abs. 1 GWB nur unter dem Gesichtspunkt der geringeren Bestimmtheitsanforderungen an Ordnungsunrecht haltbar seien. Dagegen hat Leistner die diesbezügliche Problematik als weniger schwerwiegend eingeschätzt und deshalb die These vertreten, daß es bei der Kartellordnungswidrigkeiten des § 38 Abs. 1 Nr. 8 GWB genügen würde, "die Bußgeldsanktion durch die Strafsanktion zu ersetzen, ohne daß an den Tatbeständen viel geändert werden brauchte".¹⁾

Schon de lege lata fragt sich freilich, ob § 26 Abs. 1 i. V. m. § 38 Abs. 1 Nr. 8 GWB seine Verfassungsmäßigkeit wirklich nur den geringeren Anforderungen an Ordnungswidrigkeitentatbestände verdankt - was allerdings ausreichte - oder ob der Tatbestand insoweit doch unbedenklicher ist, als dies zunächst erscheint:

Ob ein Tatbestand nämlich zu unbestimmt und somit verfassungswidrig ist, läßt sich nicht anhand eines einzelnen seiner Merkmale beurteilen - und sei dieses auch noch so weit. Vielmehr ist diese Feststellung lediglich angesichts der Gesamtheit aller Tatbestandsmerkmale möglich.

Nur nach dieser Betrachtungsweise läßt sich z.B. die Verfassungsmäßigkeit des unlängst durch das Erste Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität vom 29.7.1976 neu gestalteten Wuchertatbestandes (§ 302 a StGB) herleiten. Der Gesetzgeber hat hier sogar "eine Fülle normativer Merkmale angehäuft, die erst in ihrem Zusammenwirken zu

1) Leistner, Strafrechtliche Aspekte S. 137.

einer restriktiven Auslegung des Gesamttatbestandes führen".¹⁾

Demgegenüber wird bei § 26 Abs. 1 GWB das normative Kriterium der Unbilligkeit durch mehrere bestimmtere²⁾ deskriptive Merkmale von außen eingegrenzt: Im Vergleich zu dem wertausfüllungsbedürftigen "Ausbeuten"³⁾ des § 302 a StGB ist zum einen die Handlungsdeskription präziser. Vor allem aber wird der wettbewerbliche Unwert der Tathandlung schon dadurch präformiert und auch der Bereich des Unbilligen insoweit verengt, daß das Gesetz die Beeinträchtigung "bestimmter Wettbewerber" voraussetzt.

Das Bedürfnis zur Ausfüllung durch den Rechtsanwender, somit die normative Weite des Unbilligkeitsmaßstabes, verringert sich bei § 26 Abs. 1 GWB weiter dadurch, daß der Gesetzgeber in GWB und UWG zahlreiche andere positive Normierungen getroffen hat⁴⁾ und die Praxis diese - insbesondere zu § 1 UWG - weiter konkretisiert hat, angesichts deren die Boykottaufforderung als "grundsätzlich wettbewerbsfremd" eingestuft werden muß. Die Unbilligkeit stellt insofern keine allgemeinen sozialetischen Be-

-
- 1) Tröndle, in: LK § 1 Rn. 13. Vgl. dazu auch Maurach-Zipf, AT, Teilb. 1, S. 133.
 - 2) Vgl. dazu Tröndle, in: LK § 1 Rn. 13 mit weit. Nachw.; Jescheck, AT, S. 102; Maurach-Zipf, AT, Teilb. 1, S. 133.
 - 3) Vgl. Schönke/Schröder/Stree § 302 a Rn. 29: "... ist in der besonders anstößigen Weise zu erblicken, mit der ein Täter die Schwächesituation bei einem anderen zu seinem Vorteil ausnutzt".
 - 4) Vgl. nur §§ 25 Abs. 2, 26 Abs. 2 GWB sowie § 15 UWG; im einzelnen siehe S. 114 ff., 291 f., 328.

züge her, sondern befindet sich im konkreteren rechtlichen Bezugssystem des Lauteren Wettbewerbs und des Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen.

So bedarf aber letztlich das Unbilligkeitserfordernis nicht einer positiven Begründung, sondern nur der Überprüfung daraufhin, ob es im Einzelfalle ausnahmsweise ausgeschlossen ist. Auf die Einsicht, daß nach dem geltenden Rechtszustand grundsätzlich jeder Boykott als unbillig angesehen werden kann, hat im Schrifttum besonders deutlich Emmerich¹⁾ hingewiesen. Desgleichen hat das Bundeskartellamt in seiner Stellungnahme anläßlich des "Ratio"-Falls schon 1964 ausgeführt, daß Boykottmaßnahmen "nur in Ausnahmefällen nicht zu einer unangemessenen Benachteiligung des betroffenen Unternehmens führen".²⁾

Insofern trägt die Vielfalt von Konstellationen und Abwägungsgesichtspunkten, die die Rechtsprechungsnachweise in der Kommentarliteratur zu § 26 Abs. 1 GWB wiederzuspiegeln scheinen. Die überwältigende Zahl der Belege zu den Gesichtspunkten der Wahrnehmung berechtigter Interessen, zum Abwehreinwand, zu Boykottanlaß, -mittel und -zweck rühren nämlich nicht von Entscheidungen zu § 26 Abs. 1 GWB, sondern entstammen der Judikatur zu den wesentlich weiteren Generalklauseln in §§ 823, 826 BGB und § 1 UWG.³⁾ Prüft man die diesen Nachweisen zu-

1) Emmerich, Wettbewerbsrecht, S. 142.

2) WuW/E BKartA 802, 803.

3) Vgl. nur Benisch, in: Gemeinschaftskommentar § 26 Abs. 1 Rn. 19-28; Frankfurter Kommentar § 26 Tz. 34-45. Von dieser Judikatur schon stark entlastet dagegen Langen/Niederleithinger/Schmidt § 26 Rn. 26-30.

grundeliegenden Sachverhalte anhand der Merkmale des § 26 Abs. 1 GWB, entfällt die Tatbestandsmäßigkeit regelmäßig schon wegen fehlender Täterqualifikation ("Unternehmen") oder mangels Wettbewerbsverhältnisses zwischen Verrufer und Verrufenem.

Bei "echten" Sachverhalten nach § 26 Abs. 1 GWB wird hingegen bei Vorliegen aller anderen Voraussetzungen nahezu immer auch die Unbilligkeit bejaht.¹⁾ Das Unbilligkeitserfordernis hat somit lediglich die Funktion eines tatbestandseinschränkenden Korrektivs.

Eine dogmatische Erklärung für diese Feststellung findet sich darin, daß der Schwerpunkt des durch § 26 Abs. 1 GWB vertypsten Unrechts nicht in der unbilligen Beeinträchtigung des Verrufenen liegt, sondern im Verhalten des Verrufers.²⁾ Dementsprechend ist auch die Regierungsbegründung zur zweiten Kartellrechtsnovelle von 1973 davon ausgegangen, daß der wettbewerbsrechtliche Unwert des Boykotts in der Handlungsweise des Verrufers liegt.³⁾

Der Frage, ob es sich nach dieser Interpretation der Norm insoweit um ein Gefährdungsdelikt oder ein schlichtes Tä-

1) Vgl. die Beispiele bei Langen/Niederleithinger/Schmidt § 26 Rn. 28-30.

2) Sattler, Die rechtliche Beurteilung der Boykotterklärung (iur. Diss. 1971), S. 148; vgl. auch Tiedemann, Wettbewerb und Strafrecht, S. 30.
Anderenfalls wäre ohnehin für einen Großteil der Fälle ein eigenständiger Tatbestand praktisch entbehrlich: Verstößt der Sperrer gegen die §§ 25 Abs. 2 oder 26 Abs. 2 GWB, ließe sich das Verhalten des Verrufers als Beteiligung (Anstiftung) nach § 9 OWiG erfassen. Vgl. hierzu WuW/E OLG 563, 568 ("Tischtennisbälle") (zu § 25 Abs. 2 GWB).

3) Vgl. Begründung des Regierungsentwurfs 1971 zu Art. 1 Nr. 9a, in: BT-Drucks. VI (1971) 2520, S. 33 f.

tigkeitsdelikt handelt, kommt in diesem Zusammenhang keine erhebliche Bedeutung zu.

Im Hinblick auf das verfassungsrechtliche Bestimmtheitsgebot ergibt sich hieraus zum einen, daß es sich bei § 26 Abs. 1 GWB um keinen - möglicherweise bedenklichen - "offenen Tatbestand" handelt. Während nämlich zum Beispiel bei § 240 StGB die Nötigung grundsätzlich sozialadäquat ist¹⁾, und erst bei Vorliegen besonderer Umstände über eine ihrerseits ausfüllungsbedürftige Zweck-Mittel-Relation strafbares Verhalten ermittelt werden kann, ist die Boykottaufforderung per se wettbewerbs- und sozialwidrig.

Insofern ist die Überlegung erwägenswert, ob das Unbilligkeitskriterium wegen seines strafbarkeitseinschränkenden Charakters überhaupt zum strafrechtlichen "Garantie-tatbestand" zählt, der nach Tiedemann mit dem Unrechts-tatbestand identisch ist.²⁾

Jedenfalls handelt es sich um eines der Merkmale an den "Tatbestandsgrenzen", an die der verfassungsrechtliche Bestimmtheitsgrundsatz nach Tröndle geringere Anforderungen stellen soll als an einen normativ umschriebenen Tatbestandskern.³⁾ Die letztere Auffassung findet ihre Ent-

1) Vgl. Welzel (11. Aufl. 1969), S. 327 unten; Maurach-Schroeder, BT, Teilb. 1, S. 128 f.

2) Vgl. Tiedemann, Tatbestandsfunktionen S. 200 ff., 207 f.

3) Vgl. Tröndle, in: LK § 1 Rn. 13. Wenn der Gesetzgeber freilich auf eine Vertypung des Handlungs- oder Erfolgs-unrechts in einem "Tatbestandskern" nahezu völlig verzichtet und die Strafbarkeit deshalb fast ausschließlich von der Auslegung sehr unbestimmter Merkmale am Tatbestandsrand abhängt, erscheint die Verfassungsmäßigkeit der Norm jedoch fraglich. Vgl. nur § 41 Bundesdatenschutzgesetz und die Kritik hieran von Schünemann, Nulla poena sine lege? (1978), S. 6 f.

sprechung in einer verbreiteten Lehre, nach welcher wertausfüllungsbedürftige Wendungen insbesondere bei der Umschreibung von Rechtfertigungsgründen eher hinnehmbar sein sollen als im Tatbestand selbst.¹⁾

Zusammenfassend kann somit festgestellt werden, daß die Boykottordnungswidrigkeit des GWB den Anforderungen des Art. 103 Abs. 2 GG genügt. Angesichts der Großzügigkeit²⁾, die die Verfassungsrechtsprechung bei der Anwendung des Bestimmtheitsmaßstabes in anderen Fällen an den Tag gelegt hat³⁾, kann nicht ausgeschlossen werden, daß selbst ein inhaltsgleicher Straftatbestand sich in Einklang mit der Verfassung befände.

1) Vgl. Lenckner, JuS 1968, 249 ff., 305; Tröndle, in: LK § 1 Rn. 13; vgl. ferner Henkel, Recht und Individualität (1958), S. 38.

2) Maurach-Zipf, AT, Teilb. 1, S. 133.

3) Vgl. nur die Nachweise bei Tröndle, in: LK § 1 Rn. 15, 16.

2) Kriterien für den Ausschluß der Tatbestandsmäßigkeit

Die heute vorherrschende Bewertung von Boykottaufrufen als grundsätzlich wettbewerbs- und rechtswidrig ¹⁾ hat, wie ausgeführt, zur Folge, daß im Falle des Vorliegens der anderen tatbestandlichen Voraussetzungen des § 26 Abs. 1 GWB bei der Auslegung des Merkmals der Unbilligkeit von einem Regel-Ausnahme-Verhältnis ausgegangen werden kann. Die Unbilligkeit der Beeinträchtigung des Verurufenen muß regelmäßig bejaht werden, sofern nicht die Interessenabwägung im Einzelfall besondere Umstände ergibt, die zu ihrer Verneinung führen. Hierin zeigte sich ein struktureller Unterschied zu dem strafrechtlichen Nötigungstatbestand, bei dem das Vorliegen von Nötigungshandlung und Nötigungserfolg allein die "Verwerflichkeit" der Nötigung eben gerade noch nicht indiziert.

Gleichwohl fehlt nicht jegliche Ähnlichkeit zum allgemeinen Nötigungstatbestand: Eine Konsequenz des Umstands, daß bei der Prüfung des Regel-Ausnahme-Verhältnisses bei der Unbilligkeit der Beeinträchtigung sämtliche Umstände des konkreten Falles berücksichtigt werden müssen, besteht darin, daß - ähnlich wie bei § 240 Abs. 2 StGB - ²⁾

1) Vgl. z.B. nur Benisch, in: Gemeinschaftskommentar § 26 Abs. 1 Rn. 2; Emmerich, Wettbewerbsrecht, S. 127; Tiedemann, Kartellrechtsverstöße S. 125 f. jeweils mit weiteren Nachweisen.

2) Nach richtiger Auffassung ist die Zweck-Mittel-Relation des § 240 Abs. 2 StGB "nicht mehr zu prüfen", wenn ein Rechtfertigungsgrund eingreift; vgl. Arzt, BT, LH 1, S. 193 m. weit. Nachw. Ebenso Schäfer, in: LK § 240 Rn. 60; Welzel (11. Aufl.), S. 327. Im Ergebnis übereinstimmend auch Maurach-Schroeder, BT, Teilb. 1, S. 132 m. weit. Nachw., wonach die gesetzlich umschriebenen Rechtfertigungsgründe jedenfalls insofern vorgehen, "als bei ihrem Vorliegen die

die Prüfung allgemeiner Rechtfertigungsgründe nicht erst an späterer Stelle und gesondert erfolgen kann, sondern daß diese bereits auf der Tatbestandsebene mit berücksichtigt werden müssen.

Die Einsicht dafür, ob es sich bei den zum Ausschluß der Unbilligkeit führenden Gesichtspunkten nach der Systematik des Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts technisch um Rechtfertigungsgründe oder um Tatbestandsprobleme handelt wird hierdurch erschwert. Die Judikatur und das kartellrechtliche Schrifttum schenken denn auch der Frage, ob es sich z.B. beim "Abwehreinwand" oder der "Wahrnehmung berechtigter Interessen" um eine Tatbestands- oder Rechtswidrigkeitsfrage handelt, zumeist keine besondere Auf-

Verwerflichkeit nicht mehr bejaht werden darf". A. Schönke/Schröder/Eser § 240 Rn. 25.

Auf das sehr umstrittene dogmatische Problem, ob es sich bei § 240 StGB um einen "offenen" Tatbestand handelt, bei dem die Rechtswidrigkeit einer positiven Feststellung nach den Merkmalen des Abs. 2 bedarf, oder ob es sich bei Abs. 2 (lediglich) um eine Ergänzung des Tatbestandes handelt, kann hier nicht eingegangen werden. Ebenfalls offengelassen wird die Frage von Arzt, BT, LH 1, S. 192. Vgl. aus dem umfänglichen Schrifttum nur Maurach-Schroeder, BT, Teilb. 1, S. 129; Schäfer, in: LK § 240 Rn. 53 einerseits, Schönke/Schröder/Eser § 240 Rn. 16 andererseits (m. weit. Nachw. auch zu der seit der Entscheidung BGHSt 2, 194, 196 wohl herrschenden Gegenmeinung).

Zusammenfassend zu "offenen" und "geschlossenen" Tatbeständen Schönke/Schröder/Lenckner Vorbem. §§ 13 ff. Rn. 66 m. zahlr. weit. Nachw.

merksamkeit. Ein Grund hierfür liegt vermutlich in der Systematik des GWB, nach der die Verbotsnorm des § 26 Abs. 1 GWB mit dem Mittel der Verweisungstechnik zum Ordnungswidrigkeitstatbestand ausgestaltet ist, und die keine "isolierte" Boykottordnungswidrigkeit kennt. Dies führt dazu, daß sich das Kommentarschrifttum regelmäßig nur einer ausführlichen materiell-wettbewerbsrechtlichen Darstellung der Norm widmet, und - wohl auch durch die Dominanz der einschlägigen zivilrechtlichen Verfahren beeinflusst - ihre ordnungswidrigkeitenrechtlichen Aspekte nur am Rande mit abhandelt.

Ausführliche Beachtung hat deshalb das Problem des Verhältnisses von Tatbestand und Rechtswidrigkeit im Kartellrecht im Schrifttum lediglich im Hinblick auf §§ 1 ff. GWB gefunden.¹⁾

1) Vgl. hierzu Hübner, Außerkartellrechtliche Einschränkungen des Kartellverbots (1971); Reinhart, Die vorsätzliche Zuwiderhandlung gegen das Kartellverbot, S. 49 ff.; Sandrock, Grundbegriffe des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (1968), S. 65, 311 ff.; Spengler, Über die Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit von Wettbewerbsbeschränkungen, in: Kirschstein/Segelmann (Hrsg.): Rationalisierungskartelle und Syndikate (1960), S. 23 ff.

Die Zuordnung der einschlägigen "Billigkeitskriterien" entweder zur Tatbestandsebene oder zur Rechtswidrigkeit kann insbesondere für die Irrtumsproblematik erhebliche Konsequenzen haben, da § 38 Abs. 1 Nr. 8 GWB nur vorsätzliche Tatbegehung erfaßt. Die Frage muß deshalb auch für § 26 Abs. 1 GWB geklärt werden. Ein Vergleich der bei § 26 Abs. 1 GWB möglichen Legitimierungserwägungen mit den herkömmlichen Rechtfertigungsgründen soll im folgenden deshalb neben einer Abgrenzung ihres sachlichen Umfangs und ihrer Voraussetzungen auch Aufschluß hierüber erbringen.

a) Abwehr

aa) Wettbewerbsrechtlicher Abwehreinwand als Unterfall der Notwehr (§ 15 OWiG)?

Im kartellrechtlichen Schrifttum bleibt das systematische Verhältnis von Abwehreinwand und Notwehr zumeist unerörtert. Dies kann mit darauf zurückgeführt werden, daß, wie Seckler schon 1939 festgestellt hat, sich die Grundsätze der einschlägigen Rechtsprechung des Reichsgerichts zur Abwehr aus der Praxis des Wettbewerbs und ohne einen weiteren theoretischen Unterbau entwickelt haben.¹⁾ Dessen gleichen hat sich auch die jüngere kartellbehördliche Praxis anlässlich ihrer grundsätzlichen Stellungnahme zum Boykott als Abwehrmittel im Ratio-Fall²⁾ zum Verhältnis

1) Vgl. Seckler, Systematik der Abwehr im Wettbewerbsrecht (Diss. Tübingen 1939), S. 32; Droste, Abwehr im Wettbewerb, WuW 1954, 507, 509.

2) Vgl. den Brief des Bundeskartellamts vom 24.1.1964 ("Ratio-Verbrauchermarkt") WuW 1964, 772 = WuW/E BKartA 802.

von Abwehr und Notwehr nicht geäußert.

Deutlicher herausgearbeitet werden die Unterschiede zwischen dem bei der Auslegung des § 26 Abs. 1 GWB mögliche weise eingreifenden Abwehreinwand und dem allgemeinen Rechtfertigungsgrund der Notwehr in der Kommentierung im Frankfurter Kommentar.¹⁾ Diese kann sich dabei auf die Ausführungen stützen, die vor allem Baumbach und Hefermehl²⁾ zu der gleichgelagerten Problematik im Bereich des UWG gemacht haben.

Gemeinsam ist beiden Gesichtspunkten danach das Erfordernis, daß ein gegenwärtiger rechtswidriger Angriff vorliegen muß.³⁾

Eine bemerkenswerte Besonderheit bei der Auslegung dieser herkömmlichen Notwehrvoraussetzungen ergibt sich jedoch im Hinblick auf die Definition der "Gegenwärtigkeit" des abzuwehrenden Angriffs. Nach im wettbewerbsrechtlichen Schrifttum verbreiteter Auffassung zum Abwehreinwand im UWG⁴⁾ und GWB⁵⁾ sollen die zeitlichen Grenzen der Gegenwärtigkeit im Wettbewerbsrecht nicht so eng zu ziehen sein wie bei der Notwehr i.S.d. §§ 32 StGB, 15 OWiG,

1) Frankfurter Kommentar § 25 Tz. 38 ff., 39 f.

2) Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbsrecht (12. Aufl. 1978) Einl. UWG Rn. 331-337; §1 UWG Rn. 239.

3) Vgl. nur Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbsrecht, Einl. UWG Rn. 332; Frankfurter Kommentar § 26 Tz. 40; Benisch, in: Gemeinschaftskommentar § 26 Abs. 1 Rn. 24.

4) Vgl. Droste, Abwehr im Wettbewerb, WuW 1954, 507, 512; Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbsrecht, Einl. UWG Rn. 331.

5) Vgl. Frankfurter Kommentar § 26 Tz. 40.

227 BGB. Bei diesen müsse die Abwehrhandlung meist "blitzschnell" erfolgen. Dagegen sei im geschäftlichen Verkehr eine sofortige Reaktion oft nicht möglich, da die Abwehr Überlegung und Planung verlange. Sei z.B. eine rechtswidrige Preisschleuderei bereits eingestellt, könne sie doch geschäftlich noch fortwirken.¹⁾ Auch eine (sonstige) verbotene Werbemaßnahme wirke "oft noch nach Monaten"²⁾. In diesen Fällen müßten deshalb auch nach längerer Zeit noch Abwehrmaßnahmen zulässig sein, weil der Angriff noch gegenwärtig sei.³⁾

Mag dieser Auffassung auch unter dem Gesichtspunkt effektiver Interessenwahrung des beeinträchtigten Wettbewerbers zuzustimmen sein, so fragt sich freilich doch, ob diese Ausdehnung der zeitlichen Grenzen der Gegenwärtigkeit des Angriffs mit der besonderen Eigenart des herkömmlichen Notwehrrechts noch vereinbar ist oder ob hier nicht dem Institut der Notwehr fremde Erwägungen Eingang finden.

Zwar gilt nach einhelliger Auffassung auch bei §§ 32 StGB 15 OWiG der noch fortdauernde Angriff als gegenwärtig, bis er endgültig aufgegeben oder fehlgeschlagen oder die Verletzung endgültig eingetreten ist - wenn also Schaden noch abgewendet werden kann.⁴⁾ Wirkt nun eine verbotene

1) Droste, Abwehr im Wettbewerb, WuW 1954, 507, 512.

2) Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbsrecht, Einl. UWG Rn.331

3) Frankfurter Kommentar § 26 Tz. 40.

4) Statt aller Schönke/Schröder/Lenckner § 32 Rn. 15.

Werbemaßnahme noch Monate fort, droht solange auch noch die Verursachung weiteren Schadens, der durch Gegenmaßnahmen abgewendet werden könnte.

Wäre insoweit die Gegenwärtigkeit des Angriffs also zu bejahen, darf doch andererseits nicht außer acht bleiben daß nicht die Gegenwärtigkeit eines Verletzungserfolges, sondern diejenige der Verletzungshandlung richtigerweise das entscheidende Kriterium darstellt.¹⁾

Zwar gilt diese Orientierung an der Gegenwärtigkeit einer Verletzungshandlung nicht uneingeschränkt. So ist es anerkannt, daß z.B. bei Dauerdelikten der Angriff noch solange gegenwärtig ist, als der rechtswidrige Zustand andauert.²⁾ Bei den hier interessierenden fortwirkenden wettbewerbswidrigen Werbemaßnahmen oder bei fortwirkender Preisschleuderei handelt es sich aber nicht etwa um rechtswidrige Zustände, deren Aufrechterhaltung vom Willen des Täters abhängt, so daß "sich die Tat gewissermaßen ständig erneuert",³⁾ sondern es erfolgt die mögliche weitere Schadensverursachung unabhängig vom bereits abgeschlossenen Wettbewerbsverstoß des Täters.

1) Ebenso, wie nach in der Literatur wohl inzwischen überwiegender Meinung es bei der Frage der Rechtswidrigkeit des Angriffs nicht auf den Erfolgs- sondern den **Aktunwert** des Angriffs ankommt. Vgl. dazu Hirsch, ZStW 82, 422; ders., in: Dreher-Festschrift, S. 224 ff. Maurach-Zipf, AT, S. 378; Samson, in: SK § 32 Rn. 14; Schönke/Schröder/Lenckner § 32 Rn. 20. A.A. Baumann, AT, S. 310 ff.; Baldus, in: LK § 53 Rn. 7 f.; Jescheck AT, S. 273.

2) Vgl. Jescheck, AT, S. 274; Schönke/Schröder/Lenckner § 32 Rn. 15.

3) Jescheck, AT, S. 210.

Weiter gilt nun allerdings ein Angriff nach herrschender Auslegung des § 32 StGB auch dann noch als gegenwärtig, wenn "die Verletzung des geschützten Interesses zwar schon stattgefunden hat, aber in unmittelbarem Anschluß an den Angriff durch eine sofort einsetzende Gegenaktion¹⁾ doch ganz oder teilweise rückgängig gemacht werden kann". Auch unter Zugrundelegung dieser Ansicht kann jedoch für die vorliegenden wettbewerblichen Konstellationen nicht die Gegenwärtigkeit der Angriffsaktionen bejaht werden. Es handelt sich hier um Abwehrmaßnahmen, die wegen der besonderen Situation im wirtschaftlichen Wettbewerb grundsätzlich nicht sofort erfolgen können.

Schließlich gebietet aber vor allem die sozialrechtliche Komponente des Notwehrrechts, die dessen "Schneidigkeit" und "Schärfe" erst legitimiert²⁾, Zurückhaltung vor einer zu weiten Auslegung der Gegenwärtigkeit des Angriffs. Von einer "Bewährung der Rechtsordnung im ganzen"³⁾ gegenüber angreifendem Unrecht kann unter diesem Gesichtspunkt nur dann die Rede sein, wenn der Ablauf der Schadensverursachung nicht "blind kausal" selbständig fortschreitet, sondern wenn es sich darum handelt, aktuelles rechtswidriges menschliches Verhalten abzuwehren.⁴⁾ Dies gilt um

1) Jescheck, AT, S. 274.

2) Vgl. nur Schönke/Schröder/Lenckner § 32 Rn. 1; Jescheck, AT, S. 270.

3) Schönke/Schröder/Lenckner § 32 Rn. 1

4) Vgl. hierzu auch Samson, in: SK § 32 Rn. 14.

so mehr, als bei §§ 32 StGB und 15 OWiG – anders als bei § 26 Abs. 1 GWB – nicht das Rangverhältnis der betroffenen Rechtsgüter bei einer Güterabwägung berücksichtigt werden muß.¹⁾

Bei noch fortwirkenden wettbewerbswidrigen Werbemaßnahmen ist nun aber gerade das Handlungsunrecht nicht mehr aktuell. Die Gegenwärtigkeit des Angriffs als Voraussetzung der scharfen Notwehrbefugnis müßte hier deshalb abgelehnt werden.

Weitere Abweichungen von dem Institut der Notwehr ergeben sich bei der Auslegung des Merkmals der "Erforderlichkeit" der Verteidigungshandlung. Bei der im Rahmen von § 26 Abs. 1 GWB vorzunehmenden umfassenden Güter- und Interessenabwägung berücksichtigt man, welchen Rang die beim Verrufer bzw. Verwunden tangierten Rechtsgüter einnehmen.²⁾ Dagegen orientiert sich die Proportionalität von Angriff und Verteidigung bei §§ 32 StGB, 15 OWiG nicht an der Wertigkeit der angegriffenen bzw. verteidigten und der durch die Notwehrhandlung verletzten Rechtsgüter. Hier darf der Täter vielmehr das Verteidigungsmittel einsetzen, das "mit Sicherheit" eine erfolgreiche Abwehr gewährleistet, und braucht der Angegriffene insbesondere die Beeinträchtigung eigener (geringwertigerer) Rechtsgüter nicht bloß deshalb hinzunehmen, um höherwertigere Rechtsgüter des Angreifers zu schonen.³⁾

1) Vgl. statt aller Schönke/Schröder/Lenckner § 32 Rn. 1, 34, 50.

2) Besonders deutlich Benisch, in: Gemeinschaftskommentar § 26 Abs. 1 Rn. 27, 23.

3) Vgl. nur Schönke/Schröder/Lenckner § 32 Rn. 34.

Nun hat zwar die Rechtsprechung im Einzelfall Abwehrmaßnahmen im Wettbewerbskampf selbst dann für rechtmäßig erachtet, wenn sie zur Vernichtung der wirtschaftlichen Existenz des Angreifers führten.¹⁾ Dies relativiert aber nicht den entscheidenden systematischen Unterschied zwischen einer Betrachtungsweise, die von der grundsätzlichen Gleichwertigkeit der betroffenen Rechtsgüter ausgeht und allenfalls an der äußersten Grenze des Rechtsmißbrauchs Güterabwägungsgesichtspunkte einfließen läßt, und einer Auffassung, die Boykottanlaß, -zweck, -mittel und -wirkung als prinzipiell gleichrangige Aspekte einer umfassenden Gesamtwürdigung erachtet.²⁾

Ebenfalls für ein Problem der "Erforderlichkeit" der Abwehr hält die herrschende Meinung schließlich die Frage, ob rechtzeitig gerichtliche Hilfe erreichbar sei, um Rechtsverletzungen abzuwehren.³⁾ Bei der Inanspruchnahme staatlicher Instanzen soll es sich insoweit um ein weniger einschneidendes Mittel handeln.⁴⁾

1) Vgl. RGZ 76, 35, 39; 119, 408, 415. Vgl. weiter die Nachweise bei Benisch, in: Gemeinschaftskommentar § 26 Abs. 1 Rn. 26.

Deutlich in die Nähe des allgemeinen Notwehrrechts rückt den Abwehreinwand insoweit der Frankfurter Kommentar § 26 Tz. 45: "Das Recht braucht dem Unrecht hier nicht zu weichen".

2) So letztlich auch Frankfurter Kommentar § 26 Tz. 45: "Die Wirkung kann nur im Zusammenhang mit Anlaß und Ziel der Sperre beurteilt werden".

3) Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbsrecht, § 1 UWG Rn. 239; Benisch, in: Gemeinschaftskommentar § 26 Abs. 1 Rn. 21; Frankfurter Kommentar § 26 Tz. 44; Langen/Niederleithinger/Schmidt § 26 Rn. 27; Müller/Giessler/Scholz § 26 Rn. 19. Vgl. WuW/E OLG 1029, 1032.

4) Frankfurter Kommentar § 26 Tz. 44. Zur Erforderlichkeit vgl. auch WuW/E BGH 391, 396; 472, 480.

Der Notwehr ist dagegen diese Erwägung fremd. Das Wettbewerbsrecht verwendet hiermit vielmehr ein Kriterium, das dem Notstand eigentümlich ist.¹⁾

Somit ergibt sich, daß die zeitlichen Grenzen der Abwehr weiter gezogen sind als bei der Notwehr, und daß im übrigen die wettbewerbliche Abwehr anderen, zumeist engeren Voraussetzungen unterliegt.

Zusammenfassend kann deshalb festgestellt werden, daß sich "Abwehr" und "Notwehr" in mehrfacher Hinsicht wesentlich unterscheiden. Bei der Abwehr handelt es sich in inhaltlicher Hinsicht nicht um einen Unterfall der Notwehr.

Auch die Autoren, die einen materiellen Unterschied zwischen Notwehr und Abwehr konstatieren, ziehen aus dieser Erkenntnis regelmäßig keinen Schluß für die Einordnung des Abwehreinwandes als Tatbestandsproblem oder Rechtfertigungsgrund.

Statt dessen bleibt dieses Problem unerörtert. Die verbreitete Verwendung des Terminus "Rechtfertigungsgrund" im Zusammenhang mit § 26 Abs. 1 GWB²⁾ trägt deshalb den Charakter des Beliebigen. Immerhin wird man jedenfalls die Ausführungen im Frankfurter Kommentar³⁾ so verstehen

1) Vgl. Maurach-Zipf, AT, 1. Teilb., S. 398, 404 f.; Samson, in: SK § 34 Rn. 22.

2) Vgl. Benisch, in: Gemeinschaftskommentar § 26 Abs. 1 Rn. 23, 24; Frankfurter Kommentar § 26 Tz. 38, 39; Müller/Giessler/Scholz § 26 Rn. 20.
Dagegen in der Wortwahl zurückhaltend Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbsrecht, § 1 UWG Rn. 239 und Langen/Niederleithinger/Schmidt § 26 Rn. 27.

3) Vgl. insbesondere Frankfurter Kommentar § 26 Tz. 39 am Anfang sowie den Hinweis auf den "Notwehrexzeß im Strafrecht", Tz. 44.

müssen, daß dort der Abwehreinwand und die Wahrnehmung berechtigter Interessen als Rechtfertigungsgründe im technischen Sinne erachtet werden.

Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden. Ein Rechtfertigungsgrund im straf- oder ordnungswidrigkeitenrechtlichen Sinne kann nur gegenüber tatbestandsmäßigem Verhalten eingreifen. Ob eine Boykottaufforderung tatbestandsmäßig ist, wird aber entscheidend von ihrer Unbilligkeit bestimmt, welche gerade durch Vorliegen einer Abwehrlage ausgeschlossen sein kann. Das hierdurch aufgeworfene Problem kann auch nicht dadurch umgangen werden, daß man der Prüfung der "echten" Rechtfertigungsgründe einen Vorrang vor jener der Generalklausel einräumt, wie dies zu § 240 Abs. 2 StGB überwiegend vertreten wird.¹⁾

Bei § 26 Abs. 1 GWB handelt es sich eben weder um einen offenen Tatbestand, noch erlaubt das im Vergleich zu § 240 Abs. 2 StGB wesentlich engere Kriterium der Unbilligkeit der Beeinträchtigung einen abschließenden Vorgriff auf die Gesamtbewertung der Rechtswidrigkeit. Die formale Differenzierung zwischen Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit besteht hier deshalb fort, auch wenn im Regelfall einzelne Legitimierungsgesichtspunkte bereits die Tatbestandsmäßigkeit ausschließen. Der Abwehreinwand wird über die Unbilligkeitsklausel zum Problem der Tatbestandsmäßigkeit transformiert. Er bildet keinen Rechtfertigungsgrund.²⁾

1) Vgl. die Nachweise auf S.131 Fn. 2.

2) Deutlich in Richtung einer systematischen Differenzierung zwischen Abwehreinwand als Tatbestandsproblem und Notwehr als Rechtfertigungsgrund auch BGH NJW 1971, 804 805 (zu §§ 1 UWG, 227 BGB); zusammenfassend Erichsen, GRUR 1958, 425 ff.

bb) Zusätzliche Anwendung des § 15 OWiG als Rechtfertigungsgrund

Zu erörtern bleibt, ob neben dem tatbestandlichen Abwehreinwand auf der Ebene der Rechtswidrigkeit noch Raum für eine Anwendung des § 15 OWiG als Rechtfertigungsgrund verbleibt. Aus systematischer Sicht bestehen dagegen keine Einwände, da es sich hier um einen allgemeinen Rechtfertigungsgrund handelt, dessen Anwendungsbereich sich auf die gesamte Rechtsordnung erstreckt. Im Hinblick auf die Funktion des § 26 Abs. 1 in Verbindung mit § 38 Abs. 1 Nr. 8 GWB als Ordnungswidrigkeitstatbestand versteht sich dies von selbst.

Jedoch wird praktisch "Notwehr" als Rechtfertigungsgrund kaum je Platz greifen. Zwar sind die sachlichen Grenzen der wettbewerblichen Abwehr nach einem Vergleich der Obersätze überwiegend enger, so daß im Grunde noch ein Anwendungsbereich für Notwehr verbliebe. Jedoch gehen praktisch nahezu sämtliche Gesichtspunkte, die eine Boykottaufforderung zu rechtfertigen vermöchten, schon in die Unbilligkeitsprüfung ein.

Insbesondere bleibt letztlich ohne Konsequenz, daß die "Erforderlichkeit" beim Abwehreinwand wesentlich restriktiver ausgelegt wird als beim allgemeinen Notwehrrecht. Da nämlich die zeitlichen Grenzen der Notwehr im Sinne des § 15 OWiG enger sind als beim Abwehreinwand, liegt in vielen der "Abwehrfälle" hier kein gegenwärtiger Angriff mehr vor. Sofern aber wirklich ein Angriff auch im Notwehrsinne noch gegenwärtig ist (z.B. bei fortlau-

fend neuer Preisschleuderei), wird ggf. schon bei der Prüfung des Abwehreinwandes die Erforderlichkeit der Boykottmaßnahme bejaht werden können. Namentlich die hierfür bedeutsame Frage, ob rechtzeitig gerichtliche Hilfe erlangbar ist, ließe sich im Einzelfall wohl zugunsten des Verrufers verneinen. Geht man freilich mit der überwiegenden Auffassung davon aus, daß der Betroffene regelmäßig ohne besondere Schwierigkeiten über das Verfahren der einstweiligen Verfügung die Einstellung der Angriffe hätte erreichen können¹⁾, greift der tatbestandliche Abwehreinwand nicht ein. Da andererseits bei der Notwehr die Erforderlichkeit der Verteidigungshandlung nicht durch die Möglichkeit gerichtlichen Schutzes ausgeschlossen wird, käme insoweit grundsätzlich eine Rechtfertigung in Frage.

Eine solche Betrachtung ließe aber außer acht, daß die Boykottaufforderung nicht nur Individualrechtsgüter des boykottierten Angreifers sondern zugleich den Wettbewerb als Institution, somit ein überindividuelles Rechtsgut²⁾ beeinträchtigt. Insoweit werden Rechtsgüter "Dritter" tangiert.

Hieraus ließe sich mit einer verbreiteten neueren Lehre folgern, daß Notwehr schon begrifflich deshalb ausscheidet, weil sich die Verteidigungshandlung nicht (nur) gegen den Angreifer richtet.³⁾ Die damit erforderliche Abwägung müßte dann anhand der Grundsätze des rechtfertigenden Notstands erfolgen.

1) Vgl. z.B. WuW/E OLG 1029, 1032

2) Zur Frage der betroffenen Rechtsgüter vgl. zusammenfassend unten S. 320 ff.

3) Vgl. dazu Schönke/Schröder/Lenckner § 32 Rn. 31, 32 m.w.Nachw.

Andererseits muß berücksichtigt werden, daß der Schutz der Institution Wettbewerb im Falle des Boykotts durch den Schutz, den § 26 Abs. 1 GWB dem Verrufenen gewährt, mediatisiert wird. Steht so die Beeinträchtigung des Boykottierten ausnahmsweise im Einklang mit der Wettbewerbsordnung, entfällt deshalb damit zugleich das Bedürfnis nach dem Institutionenschutz. Die betroffenen Rechtsgüter sind hier nämlich nicht in dem Maße voneinander "abgeschichtet", wie sonst in den zur Illustration dieser Problematik herangezogenen Fällen (z.B. Verletzung straßenverkehrsrechtlicher Vorschriften im Interesse von Lebensrettung oder Heilbehandlung)¹⁾. Die Existenz eines überindividuellen Rechtsguts hindert deshalb nicht die Anwendung des Notwehrrechts.

Gerade aus der Bedeutung der individual-wettbewerbsrechtlichen Komponente des Boykotts folgen aber auf der anderen Seite Ausstrahlungswirkungen bei der Auslegung der Notwehrvoraussetzungen. Wenn angesichts des besonderen Unwerts der Boykottaufforderung sich eine Boykottmaßnahme auch in einer Abwehrsituation nicht als erforderlich darstellt, kann diese materielle Wertung der Wettbewerbsordnung nicht durch das lediglich technische Erforderlichkeitskriterium bei § 15 OWiG aufgehoben werden. Insoweit enthält die Bejahung des Tatbestandes eine Vorentscheidung über den - ausnahmsweise relevanten - Rang der betroffenen wettbewerbsrechtlichen Rechtsgüter. Sofern der Ab-

1) Vgl. dazu Schönke/Schröder/Lenckner § 34 Rn. 28, aber auch Rn. 35; Maurach-Zipf, AT, 1. Teilb., S. 401 f. (zum Notstand).

wehreinwand und der Rechtfertigungsgrund der Notwehr denselben Sachgesichtspunkt zum Gegenstand haben, geht der Abwehreinwand als spezielleres Kriterium auch in negativer Hinsicht vor.

Dieser Vorrang gründet freilich nicht auf einem technischen Spezialitätsverhältnis zwischen Abwehr und Notwehr. Er beruht vielmehr darauf, daß der Boykottatbestand über das normative Merkmal der Unbilligkeit die Rechtswidrigkeit der Handlung nicht nur indiziert, sondern insoweit teilweise auch präjudiziert, als er die spezifische (Wettbewerbs)Rechtswidrigkeit abschließend regelt.

Anders stellt sich das Verhältnis von Abwehr und Notwehr deshalb dann dar, wenn eine Boykottaufforderung nicht der "Abwehr im Wettbewerb" dient, sondern außerwettbewerbliche rechtswidrige Angriffe, z.B. Vermögensdelikte, Verleumdungen etc. abwehren soll. Mangels wettbewerbswidrigen Angriffs mittels einer Wettbewerbshandlung¹⁾ scheidet hier der Abwehreinwand aus.²⁾ Gleichwohl kann in diesen Fällen das Verhalten auf Seiten des Verrufers (auch) wettbewerblich motiviert sein, so daß § 26 Abs. 1 GWB tatbestandlich verwirklicht wird. Insbesondere liegt dann auch Unbilligkeit vor, da das Gesetz mit dieser Klausel einen lediglich wettbewerbsrechtlichen Bewertungsmaßstab bietet.

Folglich kommt hier § 15 OWiG – ausnahmsweise – uneingeschränkt als Rechtfertigungsgrund zur Anwendung.

1) Vgl. dazu Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbsrecht, Einl. UWG Rn. 208 ff.

2) Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbsrecht, Einl. UWG Rn. 332.

b) Wahrnehmung berechtigter Interessen

aa) Rechtfertigungsgrund oder eigenständiges Tatbestandsproblem?

Für die rechtliche Beurteilung der Boykottaufforderung erscheint angesichts ihres Charakters als Äußerungsdelikt auf den ersten Blick die dem Strafrecht entnommene oder ihm entlehnte Figur der Wahrnehmung berechtigter Interessen in besonderem Maße einschlägig.

Aus dem Blickwinkel dieser Untersuchung interessiert wieder, ob und inwieweit § 193 StGB zur Lösung der Unbilligkeitsfrage inhaltlich unverändert herangezogen wird, und weiterhin, ob die Vorschrift dabei systematisch die Funktion eines Rechtfertigungsgrundes ausübt, oder ob es sich, wie beim Abwehreinwand, um ein Tatbestandsproblem handelt.

Ob ein Rückgriff auf Inhalt oder jedenfalls Grundgedanken des § 193 StGB wirklich zur Typisierung und Konkretisierung einschlägiger Rechtfertigungserwägungen beitragen kann, erscheint freilich aus mehreren Gründen höchst zweifelhaft:

Kennzeichnend für den offensichtlich geringeren hermeneutischen Nutzen dieses für die Beleidigungsdelikte entwickelten speziellen Instituts ist die Feststellung im Frankfurter Kommentar¹⁾, wonach es für die Wahrnehmung berechtigter Interessen bei § 26 Abs. 1 GWB "keine festen

1) Frankfurter Kommentar § 26 Tz. 41.

Grenzen (gibt). Es ist alles Sache des Einzelfalles." Dem entspricht es, daß das Kommentarschrifttum unter der Rubrik Wahrnehmung berechtigter Interessen eine heterogene Vielfalt höchst unterschiedlich gestalteter Problemlagen zusammenfaßt, in denen Praxis und Lehre dieses Kriterium als einschlägig erachteten: Kreditschutzlisten, Bekämpfung sittenwidriger Preisschleuderei, Aufklärung über schwindelhafte Werbung und, allgemeiner noch, den Kampf um ausschließlich sittliche, religiöse oder weltanschauliche Überzeugungen.¹⁾

Die Verschiedenartigkeit der dadurch berührten Interessen und übergeordneten Wertungsgesichtspunkte läßt ohne weiteres den Schluß zu, daß die "Wahrnehmung berechtigter Interessen" in diesen Fällen letztlich keine Funktion mehr als eigenständiger Topos entfaltet, sondern nur noch zur Umschreibung einer allgemeinen Abwägung dient.

Der Vergleich dieser Vielfalt einschlägiger Fallkonstellationen mit dem engen Anwendungsbereich des § 193 StGB erbringt weiterhin den Hinweis auf einen grundlegenden dogmatischen Unterschied. Nach richtiger und im Vordringen befindlicher Meinung handelt es sich nämlich bei § 193 StGB um einen Unterfall des sog. erlaubten Risikos.²⁾

1) Vgl. nur die Übersichten bei Benisch, in: Gemeinschaftskommentar § 26 Abs. 1 Rn. 23; Frankfurter Kommentar § 26 Abs. 1 Tz. 42, 43.

2) Jescheck, AT, S. 324 f.; Schönke/Schröder/Lenckner § 193 Rn. 1; Hirsch, in: LK § 51 Vorbem. 155; ders., Ehre und Beleidigung (1967), S. 200 ff. Dagegen soll es sich nach anderer Auffassung um einen unspezifischen Fall der Güter- und Interessenabwägung handeln; vgl. Lackner § 193 Anm. 1 sowie die Nachweise.

Die Vorschrift ermöglicht die Aufstellung ehrenrühriger Tatsachenbehauptungen auf die Gefahr hin, daß sie unwahr oder jedenfalls nicht beweisbar sind, wenn allein durch die Äußerung dieses Vorwurfs ein berechtigtes öffentliches oder privates Interesse gewahrt werden kann.¹⁾ Dadurch trägt das Strafrecht der besonderen Bedeutung Rechnung, die das durch Art. 5 GG gewährleistete Recht der freien Meinungsäußerung in der gesamten Rechtsordnung entfaltet²⁾ und gesteht es deshalb ausnahmsweise auch dem Bürger das "große Vorrecht des Staates zu irren" zu.³⁾

Auf die Wahrheit oder Erweislichkeit der mit einer Boykottaufforderung verbundenen Tatsachenbehauptung hat die Praxis zu § 26 Abs. 1 GWB aber nie verzichtet. Auch war in vielen der Fälle, die unter Heranziehung des Gesichtspunktes der Wahrnehmung berechtigter Interessen gelöst worden sind, die Boykottaufforderung mit überhaupt keiner Tatsachenbehauptung verbunden. Damit entbehrte aber die so bezeichnete Wahrnehmung berechtigter Interessen im konkreten Fall der wesentlichen Elemente dieses Instituts.

Immerhin ist auch im strafrechtlichen Schrifttum eine

bei Jescheck, AT, S. 325 Fn. 8.

Nach wiederum anderer Auffassung soll es sich bei § 193 StGB um einen Schuldaußschließungsgrund handeln; vgl. die Nachweise bei Schönke/Schröder/Lenckner § 193 Rn. 1. Zusammenfassend Eser, Wahrnehmung berechtigter Interessen als allgemeiner Rechtfertigungsgrund (1969), S. 23 ff.

1) Jescheck, AT, S. 325.

2) Vgl. hierzu BGHSt. 12, 287, 293; BVerfGE 42, 143.

3) Jellinek, Verwaltungsrecht (3. Aufl. 1931), S. 373.

Auffassung verbreitet, die § 193 StGB nicht als Unterfall des erlaubten Risikos deutet und an die begriffliche Konturenschärfe des Instituts geringere Anforderungen stellt. Danach soll es sich bei der Wahrnehmung berechtigter Interessen um einen unspezifischen Fall der Güter- und Interessenabwägung handeln.¹⁾

Dagegen erheben sich aber schon bei einer auf das StGB beschränkten Betrachtung erhebliche Einwände, da, wie Jescheck²⁾ ausführt, eine derartige Generalklausel als Rechtfertigungsgrund "dem Strafrecht sonst unbekannt und auch kaum zu begründen" ist. Folgte man dieser Meinung aber doch, wäre eine sinngemäße Anwendung des § 193 StGB im Rahmen des § 26 Abs. 1 GWB aus einem anderen Grunde geradezu widersinnig: § 26 Abs. 1 GWB fordert mit dem Tatbestandsmerkmal der "Unbilligkeit" schon selbst eine Güter- und Interessenabwägung, so daß eine Verweisung auf einen solcherart interpretierten § 193 StGB tautologisch wäre.

Gleiches gilt für eine jüngere strafrechtliche Lehre, nach der § 193 StGB entsprechend auf sonstige Straftatbestände mit besonders gemeinschaftsbezogenen Rechtsgütern angewandt werden soll.³⁾ Selbst wenn man der Auf-

1) Vgl. Lackner § 193 Anm. 1 sowie die Nachweise bei Jescheck, AT, S. 325 Fn. 8.

2) Jescheck, AT, S. 325.

3) Eser, Wahrnehmung berechtigter Interessen als allgemeiner Rechtfertigungsgrund, S. 15 f., 54 ff. Vgl. ferner auch Tiedemann, JZ 1969, 717, 721. Kritisch hierzu Schönke/Schröder/Lenckner Vorbem. §§ 32 ff. Rn. 80.

fassung wäre, es sei "hier in einem nur scheinbar abgeschlossenen oder autonomen Strafrechtssystem eine unmittelbare Einbruchsstelle für die materielle Rechtswidrigkeit und damit ein verfassungsgemäßer Ansatz für eine Weiterentwicklung der Lehre von der Rechtswidrigkeit gegeben" ¹⁾, bliebe das für § 26 Abs. 1 GWB bedeutungslos. Indem diese Vorschrift nämlich ihrerseits über die Unbilligkeitsklausel schon sämtlichen Wertungen Zugang verschafft, entfällt die Notwendigkeit eines Korrektivs durch andere Generalklauseln.

Für das Verhältnis von Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit bedeutet dies, daß es sich auch beim Topos der Wahrnehmung berechtigter Interessen um ein Hilfsmittel bei der Auslegung des Tatbestandes handelt. Seiner großen Weite wegen stellt er zudem nur eine andere Umschreibung für die durch den Wortlaut der GWB-rechtlichen Normierung schon selbst umrissene Problematik dar.

bb) Zusätzliche Anwendung des § 193 StGB als Rechtfertigungsgrund?

Wegen des speziellen Regelungsbereichs des § 193 StGB verbleibt für ein Eingreifen als Rechtfertigungsgrund so kaum noch Raum. Insoweit kommen allenfalls die Fälle in Betracht, in denen durch eine Boykottaufforderung zugleich gegen die §§ 185 ff. StGB verstoßen wird. Dabei

1) Tiedemann, JZ 1969, 717, 721.

ist die Konstellation gemeint, in der der Verrufer seine Sperraufforderung mit Hilfe unwahrer oder nicht erweislicher ehrenrühriger Tatsachenbehauptung motiviert.

Gesetzestechisch stünden in diesem Falle der Verstoß gegen § 26 Abs. 1 i. V. m. § 38 Abs. 1 Nr. 8 GWB und die §§ 185 ff. StGB zueinander im Verhältnis der Tateinheit. Liegen die Voraussetzungen des § 193 StGB vor, greift er in Bezug auf die ehrenrührigen Tatsachenbehauptungen als Rechtfertigungsgrund ein. Die Rechtswidrigkeit der zugleich gegebenen tatbestandsmäßigen Boykottaufforderung¹⁾ wird davon aber nicht berührt. Wegen des speziellen sachlichen Anwendungsbereichs des § 193 StGB erstreckt sich hier die Rechtfertigungswirkung der Norm nicht - wie sonst bei Rechtfertigungsgründen üblich - auf die Gesamtheit der idealiter konkurrierenden verwirklichten Tatbestände. Aus der Verschiedenartigkeit der betroffenen Rechtsgüter folgt vielmehr trotz tateinheitlicher Handlung eine "gespaltene" Beurteilung der Rechtswidrigkeitsproblematik.

1) Anderes kann bei der Rechtswidrigkeit der durch eine Boykottmaßnahme verwirklichten Nötigung i.S.d. § 240 StGB gelten. Vgl. dazu Krey, JuS 1974, 418, 423, der zwar eine analoge Anwendung von § 193 StGB ablehnt, jedoch weiter ausführt, es handele sich um eine "regulatives Rechtsprinzip", welches "bei der Konkretisierung der Verwerflichkeitsklausel des § 240 II zu beachten ist und zum Ausschluß der Verwerflichkeit führen kann".

c) Rechtfertigender Notstand (§ 16 OWiG)

aa) "Rechtfertigender" Notstand als tatbestandsausschließendes Kriterium

Das Prinzip des rechtfertigenden Notstands hat neben dem Abwehreinwand und dem Grundsatz der Wahrnehmung berechtigter Interessen im Rahmen des Tatbestandes des § 26 Abs. 1 GWB keine eigenständige Bedeutung.

Für das kartellrechtliche Schrifttum folgt dies bereits daraus, daß dort unter der Rubrik "Wahrnehmung berechtigter Interessen" ohnehin sämtliche Gesichtspunkte zusammengefaßt werden, die nicht zur Fallgruppe der Abwehr zählen.¹⁾ Verneint man dagegen wie hier die Relevanz der Wahrnehmung berechtigter Interessen selbst als eines bloßen Auslegungstopos für die Unbilligkeit, verbleibt aus eben denselben obigen Erwägungen²⁾ gleichwohl kein Anwendungsbereich für spezifische Notstandserwägungen: Ob zum Beispiel gerichtliche Hilfe rechtzeitig herbeigerufen werden kann etc.,³⁾ bestimmt schon unmittelbar - und nicht erst über die Merkmale des § 16 OWiG - die Anwendung der Unbilligkeitsformel. "Notstand" oder "Unbilligkeit" sind insoweit nur verschiedene, sich überschneidende Umschreibungen für dieselbe Problemlage auf der Ebene des Tatbestands.

1) So besonders deutlich Frankfurter Kommentar § 26 Tz.39. Vgl. auch Benisch, in: Gemeinschaftskommentar § 26 Rn. 25-27; Müller/Giessler/Scholz § 26 Rn. 20.

2) Vgl. S.147 ff.

3) Vgl. Frankfurter Kommentar § 26 Tz. 44.

bb) § 16 OWiG als Rechtfertigungsgrund

Theoretisch könnte eine Boykottaufforderung aufgrund rechtfertigenden Notstands rechtmäßig sein. Auch hier gilt zum einen aber wieder, daß, wie beim Abwehreinwand, es sich in soweit um außer-wettbewerbliche Notstandslagen handeln muß. Deshalb kommen insbesondere die Fälle einer Unternehmenskrise bzw. drohenden Ruins auf Grund mangelnder Rentabilität oder konjunktureller Bedingungen in Betracht.

Nun ist zwar, zumal in der Nachkriegszeit, für andere Bereiche des Wirtschaftsstrafrechts das Eingreifen von "übersgesetzlichem Notstand" schon für möglich gehalten worden. Namentlich bei Verstößen gegen Höchstpreisvorschriften hat es die Rechtsprechung nicht ausgeschlossen, daß im Einzelfall das öffentliche Interesse an der Erhaltung eines bestimmten Preisgefüges gegenüber der Sicherung der Existenz eines Unternehmens und damit auch der Arbeitsplätze hintanstehen könne.¹⁾

Wenn insofern selbst das Betroffensein von überindividuellen Rechtsgütern - wie hier: der Wettbewerbsordnung - die Rechtfertigung im Einzelfall nicht auszuschließen bräuchte²⁾ erhebt sich doch andererseits der Einwand, daß die dem Unternehmen drohende Gefahr entgegen § 16 OWiG regelmäßig "anders abwendbar" wäre. Wie die Sichtung des vorliegenden Fallmaterials ebenfalls ergeben hat, sind schließlich schwerlich Boykottsachverhalte vorstellbar, in denen die Interessen des Verrufenen diejenigen des Boykottierten "wesentlich überwiegen".

1) Vgl. OLG Hamm NJW 1952, 838 f.; BayObLG NJW 1953, 1602 f. Erbs -Kohlhaas W 98, Wirtschaftsstrafgesetz, § 3 Anm. 7; Göhler, OWiG, § 16 Anm. 2, 4.

2) Vgl. Göhler, OWiG, § 16 Anm. 6.

d) Art. 5 Grundgesetz

"Unbilligkeit" ist ein geradezu klassisches Beispiel für die "wertausfüllungsfähigen und wertausfüllungsbedürftigen Begriffe und Generalklauseln des Privatrechts", zu deren Interpretation im Anschluß an die Lehre Dürigs auch die Grundrechte herangezogen werden.¹⁾ Art. 5 GG kommt insoweit angesichts seiner Bedeutung für die Freiheit des Einzelnen und das demokratische Prinzip besonderer Rang zu.²⁾ Ist das Unbilligkeitsmerkmal gar Bestandteil einer staatlichen Eingriffsnorm - wie bei dem Ordnungswidrigkeitstatbestand des § 38 Abs. 1 Nr. 8 i. V. m. § 26 Abs. 1 GWB - versteht sich die Geltung der Grundrechte auch als Freiheits- und Abwehrrechte von selbst.³⁾

Das Spannungsverhältnis zwischen Boykottaufruf und Meinungsfreiheit hat aus diesem Grunde in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum außer-wirtschaftlich motivierten Boykott schon mehrfach eine erhebliche Rolle gespielt. Das Gericht hatte dabei allerdings über Zivilurteile zur Auslegung der §§ 826, 823 BGB zu befinden.⁴⁾ Die in dieser Judikatur angesprochenen Probleme der "Sittenwidrigkeit" und der Verletzung des "eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs" entsprechen aber im wesentlichen der bei § 26 Abs. 1 GWB bestehenden Problemlage.

1) Vgl. Dürig, in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 1 Abs. 3 Rn. 132 ff.; ders., in: Nawiasky-Festschrift (1956 S. 157 ff.; ders., DÖV 1958, 194 ff.

2) Vgl. Herzog, in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 5 Rn. 2 ff. m. zahlreichen weit. Nachw.

3) Vgl. nur Tröndle, in: LK § 1 Rn. 51 ff., 55 m. weit. Nachweisen.

4) BVerfGE 7, 198 ff. ("Lüth"); BVerfGE 25, 256 ff. ("Blinkfuer").

Das wettbewerbsrechtliche Schrifttum zieht deshalb auch die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung zur Auslegung von § 26 Abs. 1 GWB heran.¹⁾

Unter Berufung auf die "Blinkfuer"-Entscheidung führt Benisch²⁾ aus, die Absicht unbilliger Beeinträchtigung sei "zu verneinen, wenn die Boykottaufforderung aus rein politischen Gründen erfolgt, die Äußerung nach den Umständen des Einzelfalls den Adressaten die Möglichkeit läßt, ihre Entscheidung in voller innerer Freiheit zu treffen, und für den Betroffenen die Gleichheit der Chancen im Prozeß der Meinungsbildung gewahrt" blieben.³⁾

Die politische Meinungsäußerung dürfe nicht als Vorwand für wettbewerbliche Interessen dienen und nicht unter Androhung schwerer Nachteile erfolgen. Der Autor überträgt somit die wesentlichen Entscheidungsgründe unverändert auf die erheblich spezifischere wettbewerbsrechtliche Boykottproblematik.

Trotz der Verwandtheit der Problemlagen ergeben sich hier-

1) Vgl. Benisch, in: Gemeinschaftskommentar § 26 Abs. 1 (9. Lieferung) Rn. 2; Langen/Niederleithinger/Schmidt § 26 Rn. 22; Müller/Giessler/Scholz § 26 Rn. 20.

2) Benisch, in: Gemeinschaftskommentar § 26 Abs. 1 (9. Lieferung) Rn. 2. So auch Müller/Giessler/Scholz § 26 Rn. 20.

3) Dagegen wollen Langen/Niederleithinger/Schmidt, § 26 Rn. 22, insoweit die auf "bestimmte Wettbewerber" bezogene Absicht verneinen, weil das "zu beeinträchtigende Unternehmen in seiner Eigenschaft als Wettbewerber beeinträchtigt werden" müsse. Diese Auffassung ist abzulehnen: Liegen keinerlei wirtschaftliche Interessen auf Seiten des Verrufers vor, müßte der Tatbestand ohne die Möglichkeit einer Abwägung dann immer verneint werden. Eine Prüfung am Maßstab der Unbilligkeit wäre nicht mehr möglich.

gegen jedoch einschränkende Bedenken:

In dem der "Blinkfuer"-Entscheidung zugrundeliegenden Sachverhalt hatten mehrere Verlagshäuser des Springer-Konzerns sämtliche Zeitungs- und Zeitschriftenhändler Hamburgs aufgefordert, die Wochenzeitung "Blinkfuer" nicht mehr zu vertreiben. Die Verlagshäuser begründeten ihren Aufruf damit, daß "Blinkfuer" regelmäßig auch die Rundfunk- und Fernsehprogramme der DDR ausdrücke, was im Hinblick auf aktuelle politische Ereignisse elementar gegen die in der Bundesrepublik obwaltenden Grundüberzeugungen verstieße. Für den Fall der Nichtbefolgung ihres Boykottaufrufs drohten sie den Zeitschriftenhändlern ihrerseits Liefersperren an.

Hiergegen beschritt "Blinkfuer" den Zivilrechtsweg.

Nachdem die Beklagten vor dem Bundesgerichtshof obsiegt hatten, gab das Bundesverfassungsgericht ihrer Verfassungsbeschwerde statt. Das Gericht erachtete die Boykottaufrorderung deshalb nicht als durch den Schutzbereich des Art.5 Abs. 1 Satz 1 Grundgesetz gedeckt, weil der gegenüber den Zeitschriftenhändlern eingesetzte Druck nicht in Einklang mit dem Grundrecht gestanden habe. "Hätten die Beklagten ihre Meinung über den Abdruck der mitteldeutschen Sendeprogramme in der Öffentlichkeit, etwa in den von ihnen herausgegebenen Blättern, geäußert und sich darauf beschränkt, die Leser zum Boykott der in Betracht kommenden Zeitungen und Zeitschriften aufzufordern, so wäre gegen dieses Vorgehen verfassungsrechtlich nichts einzuwenden" gewesen.¹⁾

1) BVerfGE 25, 256, 266.

Dazu, daß das Gericht insofern letztlich nicht auf die monopolartige Machtstellung der Verrufer abstellte, vgl. Löhr, WRP 1975, 581, 582.

Dagegen übergang das Bundesverfassungsgericht die doch naheliegende Frage, wie das Verhalten der Beklagten zu beurteilen gewesen wäre, wenn diese die Zeitschriftenhändler ohne Androhung von Nachteilen zur Bezugssperre gegenüber "Blinkfuer" aufgefordert hätten.

Freilich war § 26 Abs. 1 GWB nicht Gegenstand des vorangegangenen Rechtsstreits gewesen - wohl wegen des damaligen tatbestandlichen Erfordernisses der "Veranlassung". Da weiterhin bei Verwendung wirtschaftlichen Drucks der Verrufer nach einhelliger Auffassung zu § 26 Abs. 1 GWB schon wegen Verstoßes gegen § 25 Abs. 2 ohnehin regelmäßig mit der Absicht der unbilligen Beeinträchtigung handelt, bräuchte sich jedenfalls heute ein Zivilurteil zu einem wie im "Blinkfuer"-Fall gelagerten Sachverhalt nicht auf (allgemein gehaltene) Ausführungen zu Art. 5 GG beschränken.

Bei Fehlen wirtschaftlichen Drucks verbleibt dagegen Art. 5 GG der entscheidende Beurteilungsmaßstab:

Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG schützt die Freiheit der Meinungsäußerung. Auch ein Aufruf oder ein Gebot zu einem Verhalten stellt grundsätzlich eine Meinungsäußerung dar.¹⁾ In diesem Sinne handelt es sich auch bei der Boykottaufforderung um "Meinungsäußerung".²⁾ Hiergegen wendet Lerche³⁾

1) So besonders deutlich F. Schneider, Meinungs- und Pressefreiheit nach dem Grundgesetz (1962), S. 41; ebenso Weick, Der Boykott zur Verfolgung nichtwirtschaftlicher Interessen (1971), S. 97; vgl. ferner Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland (9. Aufl. 1976), S. 160 f. m. weit. Nachw.; Maunz, Deutsches Staatsrecht (22. Aufl. 1978), S. 130; v. Münch, Grundgesetz, Bd. 1 (1974), Art. 5 Rn. 7, 8.

2) Vgl. BVerfGE 7, 198, 203 f. Ebenso Bettermann, JZ 1964 601, 608; Helle, NJW 1964, 1497, 1498; Löhr, WRP 1975, 581, 584; zusammenfassend v. Köller, Meinungsfreiheit und unternehmensschädigende Äußerung (1971).

3) Lerche, Zur verfassungsgerichtlichen Deutung der Mei-

ein, Boykottaufruf sei "mehr als nur Meinungskundgabe". Kennzeichen der Boykottaufforderung sei es, daß sie nicht im "bloßen Bereich des Übermittelnden, Überzeugenwollenden, Demonstrierenden" verharre. Sie charakterisiere sich nicht nur als Meinungskundgabe, "sondern zugleich als faktischer Beginn des Unternehmens, den Gegner planmäßig auszuschalten, also als realer Schritt zur Meinungsdurchsetzung". Der Kritik Lerches kann insoweit nicht gefolgt werden, als der Autor hieraus wohl den Schluß zieht, es liege letztlich überhaupt keine Meinungsäußerung vor.¹⁾ Vielmehr ist es der Meinungsäußerung gerade eigentümlich, daß sie häufig über eine Beeinflussung der Willensbildung eines zu Überzeugenden hinaus auch dessen Handlungen steuern will.

Nur nach dieser Sicht verbleibt auch den Schranken des Art. 5 Abs. 2 GG noch ein hinreichender Anwendungsbereich da andernfalls strafbare Anstiftung oder Straftaten nach §§ 130 ff. StGB mangels Eigenschaft als Meinungsäußerung überhaupt kein Schrankenproblem darstellen könnten.

Im Verhältnis von Verrufer und Verrufsadressatem läge somit nur dann keine Meinungsäußerung mehr vor, wenn der letztere wegen faktischer Abhängigkeit der Aufforderung nachkommen müßte. In dieser Konstellation würde es sich für § 26 Abs. 1 GWB aber ohnehin um kein "anderes Unternehmen" mehr handeln. Bei der außer-wirtschaftlichen Boy-

nungsfreiheit (insbesondere im Bereiche des Boykotts), in: Gebhard Müller-Festschrift (1970), S. 197 ff., 198 f.

1) Vgl. Lerche, in: Gebhard Müller-Festschrift (1970), S. 197 ff., 200, 210, 215.

kottaufforderung stellt sich deshalb die Frage nach den Schranken des Art. 5 Abs. 2 GG.

Hierzu ist vor allem hervorzuheben, daß die Boykottaufforderung sich nicht in bloßer Meinungskundgabe erschöpft. Vielmehr trägt sie - wie Lerche richtig ausführt - nur "instrumentalen Charakter". Das Entscheidende ist die angestrebte Sperre und somit das Verhältnis von Verrufer und Gesperstem. In diesem Verhältnis erfolgt aber keine Meinungskundgabe.

Lerche zieht daraus den Schluß, daß insgesamt - also auch im Verhältnis zwischen Verrufer und Adressat - Beurteilungsmaßstäbe herangezogen werden müßten, "die außerhalb der Meinungsfreiheit belegen" seien.¹⁾

Diese Feststellung ist zutreffend, besagt letztlich aber nur, was Art. 5 Abs. 2 GG ohnehin voraussetzt: Daß nämlich die Meinungsäußerungsfreiheit ihre Grenzen an normierten Sachbereichen findet, die außerhalb des Geistigen und Meinungsmäßigen stehen. Die einschlägigen Maßstäbe finden sich nicht nur in der Person des Adressaten einer Äußerung - wie etwa bei Ehrenschaft - sondern auch in den Rechtsgütern Dritter, eben in "allgemeinen Gesetzen".²⁾ Hierzu zählt auch der Unternehmens- und Wettbewerbsschutz.

Diese hier nur angedeutete Problemlage vereinfacht und konkretisiert sich bei einer Übertragung auf § 26 Abs. 1 merklich. Entscheidend ist hier nur die Unbilligkeit der

1) Lerche, in: Gebhard Müller-Festschrift (1970), S. 197 ff., 201.

2) Vgl. Herzog, in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 5 Rn. 241 ff., insbesondere Rn. 266 f.

Beeinträchtigung des Verrufenen. Ob eine Boykottaufrufung als Meinungsäußerung vom Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 Satz 1 noch umfaßt wird, konkretisieren die "allgemeinen Gesetze" des Art. 5 Abs. 2 GG, also auch das GWB. Dabei beschränkt das "allgemeine Gesetz" nicht etwa einseitig die Geltungskraft des Grundrechts, sondern "es findet vielmehr eine Wechselwirkung in dem Sinne statt, daß die allgemeinen Gesetze zwar dem Wortlaut nach dem Grundrecht Schranken setzen - ihrerseits aber aus der Erkenntnis der wertsetzenden Bedeutung dieses Grundrechts im freiheitlichen demokratischen Staat ausgelegt und so in ihrer das Grundrecht begrenzenden Wirkung selbst wieder eingeschränkt werden müssen".¹⁾

Vorliegend ist nun zwar zum einen zu berücksichtigen, daß ein Boykottaufruf durch Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG dann geschützt ist, "wenn er als Mittel des geistigen Meinungskampfes in einer die Öffentlichkeit wesentlich berührenden Frage eingesetzt wird, wenn ihm also keine private Auseinandersetzung, sondern die Sorge um politische, wirtschaftliche, soziale oder kulturelle Belange der Allgemeinheit zugrunde liegt."²⁾ Dies gilt auch, wenn der Verrufer zu dem Boykottierten in einem Wettbewerbsverhältnis steht, weil diese Situation an sich eine geistige Auseinandersetzung noch nicht ausschließt.³⁾

1) BVerfGE 7, 198, 209.

2) BVerfGE 7, 198, 212.

3) BVerfGE 25, 256, 264.

Andererseits muß berücksichtigt werden, daß § 26 Abs. 1 GWB eine Grundentscheidung gegen den wirtschaftlichen Boykott getroffen hat.

Die Beeinträchtigung des Boykottierten müßte somit auf Grund der herausragenden Bedeutung des Art. 5 bei einem rein politisch motivierten Boykottaufruf nur dann in Kauf genommen werden, wenn dieser auch geeignet wäre, den Prozeß der Bildung der öffentlichen Meinung zu fördern. Da jedoch nach der Konzeption des § 26 Abs. 1 GWB die Öffentlichkeit (z.B. als Endverbraucher) nie Adressat einer Verrufserklärung sein kann, scheidet diese Möglichkeit regelmäßig aus.¹⁾ Dagegen ist die Beeinträchtigung des Verrufenen bei § 26 Abs. 1 auch bei politisch oder sonst außer-wettbewerblich motivierten Boykottaufforderungen genauso stark wie im wettbewerblichen Regelfall.

Somit muß festgestellt werden, daß bei Vorliegen aller anderen Voraussetzungen des § 26 Abs. 1 GWB die Beeinträchtigung des Gesperrten grundsätzlich auch dann unbillig ist, wenn der Verrufer aus rein politischer, weltanschaulicher, religiöser oder sonst außer-wettbewerblicher Motivation gehandelt hat.

Handelt der Verrufer schließlich zu wirtschaftlichen Zwecken, ist die Beeinträchtigung des Boykottierten ausnahmslos unbillig.

1) In dieser Richtung wohl das Bundeskartellamt, Tätigkeitsbericht 1973, S. 103:

"Außerdem muß auf der Seite des von der Äußerung betroffenen Verlages die Gleichheit der Chancen im Prozeß der Meinungsbildung gewahrt bleiben. Insbesondere diese letztere Voraussetzung ist nicht gegeben, wenn der Boykottaufruf in einer geschlossenen Veranstaltung erfolgt die dem betroffenen Verlag nicht die Möglichkeit gibt, sich wirkungsvoll zu verteidigen".

Vgl. hierzu auch S. 105.

II. Die Umschreibung des Täterkreises durch §§ 38

Abs. 1 Nr. 8 in Verbindung mit 26 Abs. 1 GWB

Nach § 38 Abs. 1 Nr. 8 GWB begeht eine Ordnungswidrigkeit, "wer einem Verbot der §§ 25 oder 26 zuwiderhandelt". Das Gesetz bedient sich somit bei der tatbestandlichen Ausgestaltung ordnungswidriger Boykottaufforderungen einer Verweisung. Da es sich freilich bei § 38 Abs. 1 Nr. 8 GWB um keine Blankettnorm¹⁾ handelt, ergeben sich aus dieser Gesetzestechnik keine spezifischen Probleme. Insbesondere stellt hier nicht die Notwendigkeit des bei Blankettvorschriften häufig problematischen "Zusammenlesens"²⁾ vor Auslegungsschwierigkeiten.

Auslegungsbedürftig ist allerdings die Täterkreisumschreibung des Gesetzes. Das allgemein gehaltene "Wer" in § 38 macht hierzu selbst keine Aussage sondern weist lediglich auf die materiell-wettbewerbsrechtliche Verbotsnorm in § 26 Abs. 1 GWB. Diese hat "Unternehmen und Vereinigungen von Unternehmen" zum Normadressaten. Demgegenüber richten sich ordnungswidrigkeiten- und strafrechtliche Verbotsnormen immer nur an natürliche Personen.³⁾ Deshalb sind auch

-
- 1) Zur Definition des Blankettstrafgesetzes vgl. nur Jescheck, AT, S. 86 f.; Maurach-Zipf, AT, Teilb. 1, S. 113 sowie BGHSt 6, 30, 40 f.
 - 2) Vgl. dazu das Beispiel bei Tiedemann, Tatbestandsfunktionen S. 91 f. sowie 244, 353 f.
 - 3) Vgl. nur Cramer, Grundbegriffe des Rechts der Ordnungswidrigkeiten, S. 37; Göhler, Ordnungswidrigkeitengesetz, vor § 1 Anm. 4 E; Rotberg, Ordnungswidrigkeitengesetz, § 1 Rn. 2, 3; Jescheck, AT, S. 180 f.; Schmitt Strafrechtliche Maßnahmen gegen Verbände, S. 75.

bei der Boykottordnungswidrigkeit ausschließlich natürliche Personen taugliche Täter.¹⁾ Da sich weiter aus der präzisen, teilweise sehr einengenden Umschreibung der "Boykottbeteiligten" durch das materiell-wettbewerbsrechtliche Verbot ergibt, daß auch ordnungswidrigkeitenrechtlich nicht "jedermann" tauglicher Täter sein soll, handelt es sich offensichtlich um ein Sonderdelikt. Deshalb stellt sich die Frage, welche natürlichen Personen als Täter in Betracht kommen.

Die Praxis verwendet hierfür eine sogenannte "tatsächliche Betrachtungsweise".²⁾ Normadressaten des § 38 Abs. 1 Nr. 8 GWB sind hiernach die für ein Unternehmen handelnden natürlichen Personen. Die Rechtsprechung hat den Kreis dieser Personen sehr weit umrissen und sich auf den Standpunkt gestellt, daß aus den gesetzlichen Begriffen nicht geschlossen werden könne, "daß das Verbot sich allein gegen die Träger (im Sinne von Inhaber, Eigentümer) des Un-

1) Einhellige Auffassung; anderer Ansicht wohl lediglich Frankfurter Kommentar, Vorbem. § 38 Tz. 14 - 16. Allerdings dient die Verfolgung der persönlich Betroffenen für die gegenwärtige Verfolgungspraxis überwiegend dem Zweck, die Voraussetzung für die Festsetzung von Geldbußen gegen die Unternehmen als Nebenfolge nach § 30 OWiG zu schaffen; vgl. Lutz, WuW 1969, 69, 70; Stellungnahme des Verfassungsrechtsausschusses des Deutschen Anwaltsvereins, WuW 1975, 549, 550.

2) Vgl. BGHSt 20, 333, 336 ff. = WuW/E BGH 704, 708; vgl. auch BGHSt 11, 102, 103 sowie Benisch, in: Gemeinschaftskommentar § 26 Abs. 1 Rn. 29. Zusammenfassend zur "tatsächlichen" bzw. "wirtschaftlichen" Betrachtungsweise Rittner, Die sogenannte wirtschaftliche Betrachtungsweise in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (1975); Tiedemann, Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität, Bd. I, S. 173 ff. Insbesondere zur wirtschaftlichen Betrachtungsweise und

ternehmens richten" solle.¹⁾ Nach dieser Interpretation verbietet sich folglich auch eine "berichtigende" ordnungswidrigkeitenrechtliche Auslegung des Merkmals "Unternehmen" als "Unternehmer". Tauglicher Täter ist vielmehr jeder Unternehmensangehörige, der in eigener Verantwortung Pflichten zu erfüllen hat, die das Gesetz dem Unternehmer auferlegt.²⁾

Gegen die – wohl noch herrschende – Lehre erhebt sich freilich der Einwand, daß sie sich vor Inkrafttreten des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten vom 24.5.1968 herausgebildet hat. Dessen § 9 (vordem § 10 a.F.) trifft jedoch seither eine allgemeine Regelung für das "Handeln für einen anderen". Insoweit drängt sich die Überlegung auf, ob nicht das nunmehr über 10 Jahre geltende neue Ordnungswidrigkeitenrecht die gewohnheitsrechtlichen Grundsätze derogiert hat.

Im Schrifttum haben sich dementsprechend Gutzler und Nölkensmeier für eine Anwendung des § 9 OWiG ausgesprochen.³⁾

ihrer Begrenzung durch das Analogieverbot im Kartellrecht Faller, Der Betrieb 1972, 1757 ff.; Möhring, GRUR 1968, 541 ff.; Sandrock, Der Betrieb 1973, 265 ff.; Ulmer, WuW 1971, 878 ff.

1) BGHSt 20, 333, 338.

2) BGHSt 20, 333, 338 m. weit. Nachw.; vgl. Gutzler/Nölkensmeier, WRP 1969, 1, 2.

3) Gutzler/Nölkensmeier, WRP 1969, 1, 2. Ebenso Faller, in: Heusinger-Ehrengabe (1968), S. 315, 337 und Tiedemann, Kartellrechtsverstöße S. 183 f. m. weit. Nachw. Dagegen Lutz, WuW 1976, 69, 71; Schmitt, Ordnungswidrigkeitenrecht (1970), S. 127 (Fn. 13).

Nach ihrer Meinung läßt sich wegen der gesetzlichen Neuregelung insbesondere eine generelle Einbeziehung gewillkürter Vertreter in den verantwortlichen Personenkreis nicht mehr rechtfertigen.¹⁾

Diese Auffassung erscheint unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit zwar insoweit vorzugswürdig, als nach ihr nicht jeder - auch in einer völlig untergeordneten Position tätige - Unternehmensangehörige oder gar Dritte in bedenklicher Nähe zur verfassungswidrigen Analogie als Täter angesehen werden kann, sondern nur die in der Praxis aufgrund ihrer Stellung in der Betriebsorganisation wirklich "Verantwortlichen". Insbesondere würde § 9 Abs. 2 Nr. 1 auch die Möglichkeit eröffnen, die im Regelfall zur Sperre auffordernden Leiter von Verkaufs- oder Einkaufsabteilungen ordnungswidrigkeitenrechtlich zu verfolgen. Unter teilweiser "Leitung eines Betriebes versteht die Norm nämlich nicht nur die Leitung einer räumlich getrennten Zweig- oder Außenstelle sondern auch die Leitung einer lediglich organisatorisch selbstständigen Abteilung innerhalb des Gesamtbetriebes."²⁾

1) Gutzler/Nölkensmeier, WRP 1969, 1, 2. Zur rechtspolitischen Kritik der §§ 9 OWiG, 14 StGB vgl. Tiedemann, in: Verh. 49. DJT Bd. I, S. C 56.

Art. 2 Nr. 1 des Referentenentwurfs eines 2. WiKG vom 20.10.1978 schlägt jetzt eine Änderung von § 9 Abs. 2 S. 1 OWiG vor, derzufolge auf das Erfordernis der "ausdrücklichen Beauftragung" verzichtet und die strafrechtliche Verantwortung zukünftig allein nach funktionellen Merkmalen abgegrenzt werden soll.

2) Vgl. Göhler, OWiG, § 9 Anm. 6 A b; Rotberg, Ordnungswidrigkeitengesetz, § 9 Rn. 23; Rebmann/Roth/Herrmann, OWiG § 10 Rn. 17.

Dogmatisch steht aber einer unmittelbaren Anwendung des § OWiG entgegen, daß es sich bei der Unternehmenseigenschaft um kein "persönliches Merkmal" handelt, werden doch hierunter nur Merkmale eines Menschen verstanden.¹⁾ Im Gegensatz zu zahlreichen anderen Umschreibungen der Normadressaten im Nebenstrafrecht²⁾ kann bei § 38 Abs. 1 Nr. 8 i. V. m. § 26 Abs. 1 GWB eine natürliche Person niemals selbst als "Unternehmen" Normadressat sein.

Wäre dieser Einwand gegebenenfalls noch mit dem Hinweis darauf überwindbar, daß eine entsprechend extensive Auslegung zumindest bei Unternehmen in der Rechtsform der juristischen "Person" die Auslegungsgrenze des natürlichen Wortsinns nicht überschritte, verbliebe ein weiteres Hindernis für eine unmittelbare Anwendung von § 9 OWiG: Die Unternehmenseigenschaft bei § 38 Abs. 1 Nr. 8 i. V. m. § 26 Abs. 1 GWB "begründet" nicht i. S. v. § 9 OWiG die Möglichkeit der Bußgeldahndung.³⁾ Gegen Unternehmen können vielmehr Geldbußen immer nur als Nebenfolge festgesetzt werden. Wie Lutz⁴⁾ zutreffend ausführt, begründet hiervon auch das selbständige Verfahren nach § 30 Abs. 4 OWiG keine Ausnahme.

1) Vgl. nur Schönke/Schröder/Lenckner § 14 Rn. 9 ff.; Göhler, Ordnungswidrigkeitengesetz, § 9 Anm. 3. Gegen eine Anwendung von § 9 OWiG auch Lutz, WuW 1976, 69, 71; Schmitt, Ordnungswidrigkeitenrecht, S. 127 (Fn. 13). Jescheck, AT, S. 183, hebt in wohl etwas weiterer Auslegung darauf ab, daß es sich um Merkmale handle, welche den Täterkreis nach der "sozialen Funktion" abstecken. Daß schließlich Gebilde ohne eigene Rechtspersönlichkeit - wie nichtrechtsfähiger Verein oder BGB-Gesellschaft - nicht Träger persönlicher Merkmale sein können, wird ohnehin allgemein anerkannt; vgl. Tiedemann, Kartellrechtsverstöße S. 184 m. zahlr. weit. Nachw.

2) Vgl. die Beispiele bei Schönke/Schröder/Lenckner § 14 Rn. 10a.

3) Lutz, WuW 1976, 69, 71.

4) Lutz, WuW 1976, 69, 71; vgl. auch Göhler, Vorbem. § 3 Anm. 4; § 30 Anm. 8.

Angesichts dieser dogmatischen Bedenken gegen eine unmittelbare Anwendung von § 9 OWiG auf das Unternehmensmerkmal bietet sich eine Verbindung der im Wettbewerbsordnungs-widrigkeitenrecht praktizierten Auslegung mittels einer "tatsächlichen Betrachtungsweise" mit der allgemeinen ordnungswidrigkeiten- und strafrechtlichen Normüberwälzung beim "Handeln für einen anderen" an:

Man könnte zunächst den (ordnungswidrigkeitenrechtlichen) Normadressaten des Boykottatbestandes unter Verwendung einer am wirtschaftlichen Sachverhalt und am ordnungswidrigkeitenrechtlichen Normzweck orientierten Auslegungsmethode als "Unternehmer" interpretieren und sodann den Kreis der für diesen Handelnden mit Hilfe von § 9 OWiG ermitteln.¹⁾

Diese Lösung wiese zum einen aus rechtsstaatlicher Warte den Vorzug auf, daß die von § 9 OWiG für das gesamte Ordnungswidrigkeitenrecht beanspruchte Geltung auch bei den Kartellordnungswidrigkeiten gewahrt bliebe. Bedenken wegen einer möglichen Verletzung des Analogieverbots können sich in praktischer Hinsicht schon deshalb schwerlich stellen, weil die kaum angefochtene bislang herrschende Meinung - jedenfalls nach dem Wortlaut der von ihr gebildeten Obersätze - noch wesentlich weiter ging und selbst die in unselbständiger und untergeordneter Position täti-

1) So das OLG Stuttgart im "Sanitärgroßhandels-Fall" (vgl. S. 48 f.), WuW/E OLG 1742. Das Gericht interpretiert zunächst den Normadressaten als "Träger des Unternehmens im Sinne von Inhaber und Eigentümer" und greift dann zur Normüberwälzung mittels § 9 OWiG. Ebenso wohl die Landeskartellbehörde Baden-Württemberg im "Schuhgroßhandels-Fall" (vgl. S. 68 f.), WuW/E LKartB 191, 192.

gen Unternehmensangehörigen ausnahmslos mit einbezog. Vor allem aber wird jeglicher "Analogieverdacht" durch das Argument entkräftet, daß ein Verzicht auf die hier vorgeschlagene Auslegung nicht ein Absehen von der Erstreckung des Ordnungswidrigkeitstatbestandes auf weitere gleichgelagerte Sachverhalte bedeuten würde, sondern gegen den erklärten Willen des Gesetzgebers zur völligen Unanwendbarkeit führen müßte.¹⁾

Alle erwähnten Auslegungsprobleme entfielen freilich, wenn ein neuformulierter Boykotttatbestand von "Unternehmern"²⁾ oder von "Inhabern von Unternehmen"³⁾ statt von "Unternehmen" handeln würde, da dann § 9 OWiG problemlos anwendbar wäre.

Der in § 14 OWiG für das Ordnungswidrigkeitenrecht statuierte Einheitstäterbegriff beseitigt die aufgezeigten Schwierigkeiten bei der Ermittlung und Verfolgung des rechtlich in Frage kommenden Täterkreises nur zum Teil. Zwar enthebt § 14 OWiG die Praxis in Abweichung von den Vorschriften des StGB von der Notwendigkeit, bei Beteiligung mehrerer Personen festzustellen, ob (Mit)Täterschaft, Anstiftung oder Beihilfe vorliegt.⁴⁾

Weiter weist § 14 Abs. 1 Satz 2 OWiG über die Grenzen des Adressatenkreises des Sonderdelikts hinaus, indem das Ge-

1) Eine vergleichbare Problematik stellt sich - z.T. umgekehrt - bei § 283 StGB. Auch hier kann z.B. eine juristische Person oder Personenhandelsgesellschaft niemals selbst "Täter" i.S.d. Absatzes VI sein. Vgl. hierzu und zu anderen Anwendungsfällen für eine "wirtschaftliche Betrachtung" im Konkursstrafrecht Tiedemann, NJW 1977, 777, 779 f.

2) Vgl. nur Schmitt, Ordnungswidrigkeitenrecht, S. 127 (Fn. 13)

3) Vgl. Tiedemann, Kartellrechtsverstöße S. 186.

4) Vgl. nur Göhler, Ordnungswidrigkeitengesetz, § 14 Anm. 1 Rotberg, Ordnungswidrigkeitengesetz, § 14 Rn. 1.

setz bestimmt, daß jeder der Beteiligten ordnungswidrig handelt, wenn besondere persönliche Merkmale, welche die Möglichkeit der Ahndung begründen, nur bei einem von ihnen vorliegen.¹⁾ Insoweit kommen bei Boykottaufrufen mitwirkende Angehörige von unternehmensberatenden Berufen, Mitarbeiter von Publikationsorganen oder Rechtsanwälte problemlos als Täter ("Beteiligte") in Frage, desgleichen Angehörige oder Mitarbeiter von Berufsvereinigungen, sofern diese nicht ohnehin ihrerseits Normadressaten sind.

Voraussetzung ist aber immer, daß jedenfalls ein Beteiligter als sonderpflichtiger Verbotsadressat qualifiziert werden kann. Die Möglichkeit, durch eine entsprechende betriebliche Aufgabenverteilung beim boykottveranlassenden Unternehmen die Täterqualifikation aller Betriebsangehörigen auszuschließen, bleibt so grundsätzlich bestehen.

Auf der anderen Seite sind jedoch nicht selten die weiteren Beteiligten als "Vereinigungen von Unternehmen", z.B. als Herausgeber von Verbandsorganen, selbst sonderpflichtige Normadressaten.²⁾ In diesen Fällen ließen sich die Angehörigen des veranlassenden Unternehmens auch dann ordnungswidrigkeitsrechtlich verfolgen, wenn sie aus betriebsorganisatorischen Gründen keine rechtlich tauglichen Täter sind.

1) Göhler, Ordnungswidrigkeitengesetz, § 14 Anm. 2; insoweit kritisch zur gesetzlichen Regelung z.B. Cramer, NJW 1969, 1929 ff.; Rotberg, Ordnungswidrigkeitengesetz, § 14 Rn. 9 m. weit. Nachw.

2) Vgl. z.B. WuW/E BKartA 802, 803; WuW/E OLG 563.

Fehlt die erforderliche Qualifikation des handelnden "eigentlichen" Täters trotz der §§ 9 und 14 OWiG, verbleibt schließlich immer noch die Möglichkeit, wegen Verletzung der Aufsichtspflicht gemäß §§ 130 OWiG bzw. 130 i.V.m. 30 OWiG gegen den Betriebsinhaber sowie die ihm gleichgestellten Personen (§ 130 Abs. 2) und das Unternehmen Geldbußen festzusetzen.¹⁾ Das Gesetz dehnt den Bereich des einschlägigen ordnungswidrigen Verhaltens stark aus und begnügt sich auch im Hinblick auf nur vorsätzlich begehbare Handlungen bezüglich der Aufsichtspflichtverletzung mit Fahrlässigkeit.

Ohne jegliche zusätzliche praktische Bedeutung ist demgegenüber die Ordnungswidrigkeit nach § 38 Abs. 1 Nr. 10 GWB, die derjenige erfüllt, der "durch Empfehlungen daran mitwirkt, daß eine der in den Nummern 1 bis 9 genannten Ordnungswidrigkeiten begangen wird", da - wie bei der Teilnahme - die Mitwirkung ebenfalls in einem kausalen Tatbeitrag bestehen muß.²⁾

1) Vgl. Göhler, Ordnungswidrigkeitengesetz, § 130 Anm. 3, 9, § 30 Anm. 2 C a je mit weit. Nachweisen; Rotberg, Ordnungswidrigkeitengesetz, § 130 Rn. 1. Zusammenfassend hierzu Schünemann, in: Tagungsberichte Bd. 14 (1978), Anlage 3, insbesondere S. 149 ff.

2) Vgl. Langen/Niederleithinger/Schmidt § 26 Rn. 10; noch enger Mayer-Wegelin, in: Gemeinschaftskommentar § 38 Rn. 26.

III. Absicht

Nach der im wettbewerbsrechtlichen Schrifttum wohl herrschenden Auffassung erstreckt sich das Absichtserfordernis auf die Tatbestandsmerkmale "bestimmte Wettbewerber", "beeinträchtigen" und "unbillig".¹⁾ Weiterhin entnimmt man dem Gesetzeswortlaut, daß es sich bei der inneren Tatseite um Absicht als unmittelbar auf den Erfolg gerichteten Willen des Täters handeln soll, somit also selbst direkter Vorsatz nicht ausreicht.²⁾ Beiden Annahmen begegnen aus straf- und ordnungswidrigkeitenrechtlicher Sicht Bedenken.

Zumal wenn man davon ausgeht, daß die Norm Absicht im technischen Sinne verlangt, fragt sich zunächst, ob sich das Absichtserfordernis neben der Beeinträchtigung zusätzlich auf deren Unbilligkeit und die Identität des Verrufenen beziehen kann.

Insbesondere erscheint die Annahme bedenklich, daß sich

1) So expressis verbis Langen/Niederleithinger/Schmidt § 26 Rn. 16; Müller/Giessler/Scholz § 26 Rn. 16.

Nach dem Frankfurter Kommentar, § 26 Tz. 46, soll sich die Absicht "nach dem eindeutigen Wortlaut des § 26 Abs. 1 sowohl auf die Beeinträchtigung, als auch auf die Unbilligkeit beziehen". Ebenso Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbsrecht, § 1 UWG Rn. 231.

Eine Erstreckung der Absicht auf die Beeinträchtigung und deren Unbilligkeit fordert schließlich auch Benisch, in: Gemeinschaftskommentar § 26 Abs. 1 Rn. 28.

Dagegen bezieht sich nach I. Schmidt, Wettbewerbspolitik S. 378, die Absicht lediglich auf die Beeinträchtigung des Gesperrten, nicht aber auf ihre Unbilligkeit.

2) Vgl. Benisch, in: Gemeinschaftskommentar § 26 Abs. 1 Rn. 28; Frankfurter Kommentar § 26 Tz. 46; Langen/Niederleithinger/Schmidt § 26 Rn. 17; Müller/Giessler/Scholz § 26 Rn. 17.

das Absichtserfordernis auf die Unbilligkeit der Beeinträchtigung beziehen müsse. Zum einen würde dies rein systematisch eine Abweichung von der sonst im Strafrecht üblichen Auslegung bedeuten. So bezieht sich z.B. bei §§ 263, 253 ff. StGB die Absicht des Täters trotz des Gesetzeswortlauts nur auf den Erfolg (Bereicherung), nicht aber auf dessen Qualifizierung durch die Rechtsordnung ("rechtswidrigen", "zu Unrecht" ¹⁾). Entsprechend fordert im Zivilrecht § 826 BGB nur Schädigungsvorsatz, dagegen nicht das Bewußtsein der Sittenwidrigkeit. ²⁾

Es handelt sich bei jenen normativen Tatbestandselementen nämlich dogmatisch um vom Willen des Täters unabhängige Merkmale, bezüglich deren "nur sichere Gewißheit ihres Vorhandenseins möglich ist" ³⁾, also lediglich direkter oder gar nur bedingter Vorsatz. Unerheblich ist in diesem Zusammenhang ob es sich bei dem Unbilligkeitskriterium um ein sog. gesamtatbewertendes Tatbestandsmerkmal ⁴⁾ handelt.

Bei § 26 Abs. 1 GWB spricht gegen eine Erstreckung des

1) Vgl. Schönke/Schröder/Cramer § 263 Rn. 176, § 15 Rn. 85a; Schönke/Schröder/Eser § 253 Rn. 21. Zur insofern "häufig irreführenden und unpräzisen" Ausdrucksweise des Gesetzes Maurach-Zipf, AT, Teilb. 1, S. 332 m. weit. Nachw.

2) Vgl. Palandt-Thomas, BGB (36. Aufl. 1977) § 826 Anm. 3b; Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbsrecht, Einl. UWG Rn. 341, 330.

3) Schönke/Schröder/Cramer § 15 Rn. 65.

4) Dazu Roxin, Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale (2. Aufl. 1970), S. 58 ff., 81 f., 132 ff.; Schönke/Schröder/Cramer § 15 Rn. 22; aber auch Schönke/Schröder/Lenckner § 13 ff. Vorbem. 66. Vgl. auch oben S. 126 ff. und unten S. 181 f.

Absichtserfordernisses auf das Unbilligkeitskriterium schon der strafbarkeitseinschränkende Charakter dieses Merkmals. Dessen Wirkung ist es, trotz einer angestrebten Beeinträchtigung des Wettbewerbers bei Vorliegen besonderer anderer Umstände das Verhalten des Verrufers zu legitimieren, ohne daß dabei die Beeinträchtigungsabsicht zwangsläufig entfallen müßte.¹⁾

Vor allem aber entspricht die Auffassung des wettbewerbsrechtlichen Schrifttums auch kaum jemals der tatsächlichen Willensrichtung des Täters: Es kommt selbst dem aggressivsten Verrufer nicht etwa "gerade auf die Erreichung der Unbilligkeit" seines Tuns an, sondern nur auf den realen Beeinträchtigungserfolg.

Die mißlichen Konsequenzen einer Erstreckung der Absicht auf die Unbilligkeit zeigen sich besonders deutlich im Frankfurter Kommentar. Nahezu jegliche Fehlvorstellung des Verrufers, z.B. über die Grenzen erlaubter Abwehr ("Notwehrexzess")²⁾, führt danach insgesamt zum Wegfall der Absicht und damit der Tatbestandsmäßigkeit.³⁾

Die Literatur beruft sich endlich für ihre Auffassung zu Unrecht auf die Praxis. Die als Beleg angeführten

1) Z.B. bei der Abwehr. Läge schon keine Beeinträchtigungsabsicht vor, käme es auf die Unbilligkeit ohnehin nicht an.

2) Dazu - systematisch mißverständlich - Frankfurter Kommentar § 26 Tz. 44.

3) Vgl. Frankfurter Kommentar § 26 Tz. 46. Gleiches gilt für die Beispiele bei Benisch, in: Gemeinschaftskommentar § 26 Abs. 1 Rn. 28.

Entscheidungen schneiden die Frage, ob sich die Absicht auch auf die Unbilligkeit beziehen muß, entweder überhaupt nicht an¹⁾ oder verneinen sie sogar inzidenter²⁾, indem sie erst nach dem Absichtsmerkmal die für Unbilligkeit sprechenden objektiven Umstände erörtern.

Nach richtiger Auffassung bezieht sich deshalb das Absichtsmerkmal nicht auf das Unbilligkeitskriterium.

Aber auch die - praktisch nicht in gleichem Maße bedeutsame - Frage, ob das Merkmal "bestimmte Wettbewerber" von Absicht erfaßt wird, muß verneint werden.

Absicht als auf den Erfolg gerichteter Wille erstreckt sich auch sonst im Strafrecht eben nur auf den vom Gesetz bezeichneten tatbestandlichen oder einen weiteren Erfolg,³⁾ nicht aber auf die Identität des Opfers. So entfällt bei § 263 StGB nicht deshalb die Bereicherungsabsicht, weil der Täter den Kreis der Geschädigten nicht überschaut (z.B. bei "Schneeballsystemen"). Weiter bezieht sich z.B. bei § 229 StGB die Gesundheitsbeschädigungsabsicht lediglich auf den tatbestandlichen Erfolg, während hinsichtlich der Person des Opfers selbst bedingter Vorsatz ausreicht.⁴⁾

1) Vgl. WuW/E OLG 977, 979 f. ("Vororttheater").

2) Vgl. WuW/E OLG 1001, 1002 f. ("Hauswirtschaftsausstellung"); WuW/E OLG 1029, 1032 ("Anzeigensperre").

3) Schönke/Schröder/Cramer § 15 Rn. 64a, 65.

4) Vgl. Maurach-Schroeder, BT, Teilb. 1, S. 113; für eine Interpretation der Gesundheitsbeschädigungsabsicht als bedingter Vorsatz Stratenwerth, AT, S. 112. Vgl. weiter Schönke/Schröder/Eser § 211 Rn. 35. Als Beispiel sei die Erprobung eines neuartigen Giftstoffes über eine Großküche angeführt.

Die Person des zu Beeinträchtigenden ist nämlich ebenfalls ein Umstand, der nicht als Erfolg angestrebt werden sondern nur vom Vorsatz umfaßt werden kann.

Schließlich hängt auch bei § 26 Abs. 1 GWB das Verhaltensunrecht in subjektiver Hinsicht schwerlich davon ab, daß es dem Verrufer gerade darauf ankommt, daß ein "bestimmter" Wettbewerber beeinträchtigt wird. Der zielgerichteten Aggressivität des Verhaltens trüge auch eine solche Auslegung Rechnung, derzufolge der Verrufer die Beeinträchtigung eines bestimmten Wettbewerbers als notwendigen Erfolg einschätzt (direkter Vorsatz) oder auch nur für möglich hält (bedingter Vorsatz).¹⁾

Aber selbst die einhellig als selbstverständlich gesetzte Prämisse, daß die Norm überhaupt - also zumindest in Bezug auf die Beeinträchtigung - Absicht in dem engen technischen Sinne voraussetzt, nach dem der Handlungswille des Täters gerade auf den vom Gesetz bezeichneten tatbestandlichen oder einen weiteren Erfolg gerichtet²⁾ sein soll, muß bezweifelt werden.

Zum einen wird ohnehin in der strafrechtlichen Gesetzgebung der Absichtsbegriff höchst vieldeutig verwendet³⁾. Oft ist damit der unmittelbar auf den im Gesetz bezeichneten Erfolg gerichtete Wille gemeint. In diesen Fällen strebt der Täter den Erfolg um seiner selbst willen oder als notwendige Voraussetzung für einen von ihm letztlich erstreb-

1) Zu dieser Alternative im folgenden vgl. S. 176 f.

2) Vgl. Schönke/Schröder/Cramer § 15 Rn. 64a.

3) Vgl. nur Stratenwerth, AT, S. 111 (ff.); Maurach-Zipf, AT, Teilb. 1, S. 335 f.

ten Erfolg an (vgl. §§ 242, 263 StGB)¹⁾. Seltener stellt der angestrebte Erfolg auch das Endziel des Verhaltens dar (vgl. § 229 StGB)²⁾. Darüber hinaus verwendet das Schrifttum den Terminus Absicht auch zur Kennzeichnung eines echten Motivs.³⁾

Vielfach interpretieren jedoch insbesondere die moderne Rechtsprechung und das Schrifttum den Absichtsbegriff lediglich im Sinne des direkten Vorsatzes. Die gesetzliche Terminologie soll insoweit nur ein Mittel sein, den bedingten Vorsatz aus dem Normbereich auszuschließen (vgl. z.B. §§ 164, 225, 274, 288 StGB.⁴⁾

Von besonderem Interesse ist im vorliegenden Zusammenhang daß im Wettbewerbsstrafrecht auch die von § 4 UWG geforderte "Absicht, den Anschein eines besonders günstigen Angebots hervorzurufen" als direkter Vorsatz ausgelegt wird.⁵⁾

So können auch im Falle des § 26 Abs. 1 GWB nur Sinn und Zweck des Tatbestandes Aufschluß über die Bedeutung des

1) Vgl. nur Schönke/Schröder/Eser § 242 Rn. 59; Schönke/Schröder/Cramer § 263 Rn. 17b mit zahlreichen Nachw.

2) So Maurach-Schroeder, BT, Teilb. 1, S. 112 f.; a.A. z.B. Schönke/Schröder/Stree m. weit. Nachw.

3) Vgl. dazu Stratenwerth, AT, S. 113; Schönke/Schröder/Cramer § 15 Rn. 86.

4) Vgl. dazu zusammenfassend Maurach-Zipf, AT, Teilb. 1, S. 331 f.; Schönke/Schröder/Cramer § 15 Rn. 84; Stratenwerth, AT, S. 112 sowie die Kommentierungen zu den einzelnen Tatbeständen.

5) Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbsrecht, § 4 UWG, Rn. 9 m. Nachw.; ebenso - wenn auch in der Begründung mißdeutbar - v. Godin, Wettbewerbsrecht, U § 4 Anm. 6.

Absichtserfordernisses geben:

Kennzeichnend für den Boykott ist, daß die Beeinträchtigung des Wettbewerbers nicht nur für möglich gehalten und in Kauf genommen wird – liegt das Letztere doch sogar im Wesen jeglichen (auch lauterer) Wettbewerbs.¹⁾ So verbleibt lediglich die Möglichkeit zur Interpretation als direkter Vorsatz oder Absicht im eigentlichen Sinne.

Die einschränkende Annahme von Absicht im engeren Sinne wäre problemlos, wenn nicht Fallkonstellationen denkbar wären, in denen dem Verrufer die Beeinträchtigung des Gesperrten eigentlich unerwünscht ist, er sie aber anderer Ziele willen in Kauf nimmt.²⁾

Dies wäre aber z.B. dann der Fall, wenn die Boykottauflorderung als solche nur ein Mittel darstellen sollte, bereits durch ihre bloße Vornahme den Verrufenen zu einem bestimmten Verhalten zu bewegen (z.B. Änderung seiner Preispolitik). Hier wäre die Sperre, die regelmäßig schon ihrerseits eine Beeinträchtigung darstellt, noch nicht einmal ein notwendiges Zwischenziel, wie dies Absicht im

1) Vgl. Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbsrecht, Allg. Rn.22.

2) Vgl. Rudolphi, in: SK § 16 Rn. 37;
Schönke/Schröder/Cramer § 15 Rn. 67, 84; Stratenwerth, AT, S. 105 f.

So schon RGSt 5, 317: "In diesem Sinne handelt vorsätzlich in Beziehung auf einen gewissen Erfolg, wer das Bewußtsein hat, daß seine Handlung den Erfolg notwendig herbeiführen werde, ohne daß es darauf ankommt, ob der Zweck seiner Handlung in diesem oder einem anderen Erfolge bestand; denn die als notwendig erkannten Folgen der Handlung werden von dem Handelnden in den Willen aufgenommen, auch wenn ihm an diesen Folgen nichts liegt."

engeren Sinne erfordert. Vielmehr wäre es dem Verrufer lieber, wenn der Verrufene durch Nachgeben den Vollzug der Sperre entbehrlich machen würde. Zumal dann, wenn der Verrufer sich mit seiner Erklärung an die Öffentlichkeit wendet und diese deshalb auch dem Verrufenen alsbald bekannt wird, wäre im Übrigen eine entsprechende Einlassung schwerlich zu widerlegen.

Ein effektiver Schutz vor Boykottaufforderungen durch das Kartellordnungswidrigkeitenrecht ist nun jedoch auch in denjenigen Fällen vonnöten, in denen der Verrufer auf die sofortige diszipliniierende Wirkung seiner Erklärung hofft, ohne daß es ihm auf eine Beeinträchtigung des Verrufenen ankommt. Deshalb liegt eine Interpretation von § 26 Abs. 1 GWB nahe, nach der der Verrufer die Beeinträchtigung lediglich als sichere Folge seines Verhaltens ansehen muß.

Im Hinblick auf die Phänomenologie des Boykotts¹⁾, derzufolge sehr häufig nicht die wirtschaftliche Vernichtung des Wettbewerbers angestrebt wird sondern nur dessen Disziplinierung, ist somit die Annahme direkten Vorsatzes geboten. Diese Auffassung befindet sich in Übereinstimmung mit der allgemeinen Tendenz der Strafrechtsauslegung sowie insbesondere der Kartellrechtspraxis, welche die Spezifika der Absicht im engen Sinn bislang auch nicht verlangt hat.

1) Vgl. z.B. den "Krawatten-Fall", S. 63 ff.

Hinsichtlich der anderen Tatbestandsmerkmale neben der Beeinträchtigungsabsicht reicht – auch bedingter – Vorsatz hin.

Daß insbesondere bezüglich des "bestimmten Wettbewerbers" bedingter Vorsatz genügen muß, zeigt folgendes Beispiel: Das Handelsunternehmen A wendet sich an den Hersteller B mit der Aufforderung, die Billigpreiskette C – einen Wettbewerber von A – nicht mehr mit bestimmten Waren zu beliefern. Da A nicht sicher weiß, ob C ihren einschlägigen Bedarf ausschließlich bei B oder zusätzlich bei Zwischenhändlern deckt, fordert A außerdem B auf, auch die betreffenden Zwischenhändler gegebenenfalls zu sperren.

In Bezug auf den von B daraufhin gesperrten Händler D kann hier nur bedingter Vorsatz vorliegen. Seine Beeinträchtigung war gleichwohl von A "beabsichtigt".

Zu diesem Beispiel könnte nun vordergründig eingewendet werden, daß es ausreiche, daß A ohnehin wegen seines Verhaltens gegenüber C mit einer Geldbuße belegt werden kann. Dieses Argument überzeugt jedoch nicht. Beispielsweise könnte A im Verhältnis zu C in wettbewerbsrechtlicher "Abwehr" handeln, während im Hinblick auf D keine Abwehrlage bestünde. Trotz der "beabsichtigten" Beeinträchtigung des Wettbewerbers C läge hier kein tatbestandsmäßiges Verhalten vor, wenn in Bezug auf diesen direkter Vorsatz erforderlich wäre.

Bedingter Vorsatz genügt entsprechend auch bei den Merkmalen "unbillig", "Auffordern", "Liefersperren oder Bezugssperren" sowie "Unternehmen" oder "Vereinigungen von Unternehmen".

IV. Irrtumsfragen

Die geringe praktische Bedeutung der Irrtumsproblematik steht im umgekehrten Verhältnis zu dem Ausmaß an Möglichkeiten, die nach manchen Ausführungen im Schrifttum zu bestehen scheinen. Soweit ersichtlich, sah sich das Bundeskartellamt lediglich im Oldtimer-Fall veranlaßt, einige Ausführungen zu einem dort unbeachtlichen Irrtum über den Kausalverlauf zu machen.¹⁾ Im übrigen haben nicht Fehlvorstellungen des Täter die Praxis befaßt, sondern regelmäßig nur der Umfang seines auf Tatbestandsverwirklichung gerichteten Willens.

Als Bezugsobjekt möglicher Irrtümer steht das Unbilligkeitsmerkmal im Vordergrund der literarischen Erörterungen. Die diesbezüglichen Ausführungen sind häufig zumindest mißverständlich und dadurch belastet, daß sich nach verbreiteter Auffassung das Absichtserfordernis nicht nur auf die Beeinträchtigung, sondern auch auf die Merkmale "bestimmte Wettbewerber" und "unbillig" erstrecken soll.²⁾ Weiter erweist sich als folgenreich, daß das Verhältnis von Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit

1) WuW/E BKartA 1280, 1285; vgl. auch Tätigkeitsbericht 1969, S. 61: "Der subjektive Tatbestand der Veranlassung zum Boykott nach § 26 Abs. 1 ist auch dann gegeben, wenn der Verrufer irrtümlich glaubt, der Adressat könne selbst die Liefersperre verhängen, während tatsächlich dieser die Veranlassung erst an ein Tochterunternehmen oder wirtschaftlich von ihm abhängiges Unternehmen weitergeben muß; für den Vorsatz genügt die Vorstellung des Verrufers, daß die Boykottaufforderung die richtige Adresse erreiche; auf die genaue Kenntnis der Vorgänge im Einflußbereich des Adressaten kommt es nicht mehr an".

2) Vgl. WuW/E BKartA 1280, 1285.

im Wettbewerbsrecht keine hinreichende dogmatische Beachtung gefunden hat.¹⁾ Insbesondere die Stellungnahmen und Grenzen des Abwehreinwands sowie der Wahrnehmung berechtigter Interessen mußten hierunter leiden.

So führt Benisch zum Beispiel recht summarisch aus, fehle "die Absicht infolge eines Irrtums über die Notwendigkeit der Abwehr, die Erforderlichkeit des Mittels die tatsächlichen Marktverhältnisse usw.", sei § 26 Abs. 1 "nicht anwendbar".²⁾ Ähnlich pauschal behaupten Müller/Giessler/Scholz, die Vorschrift könne nicht angewendet werden, wenn der Verrufer von falschen Voraussetzungen zur Rechtfertigung seines Vorgehens ausgehe.³⁾ Den Frankfurter Kommentar führt die verbreitete Prämisse, daß die Unbilligkeit der Beeinträchtigung im technischen Sinne "beabsichtigt" sein muß⁴⁾, dazu, daß nicht nur tatsächliche Fehlvorstellungen über das Vorliegen einer Abwehrlage sondern ebenso eine unzutreffende rechtliche Einschätzung des Verhaltens eines Wettbewerbers sowie die Verkennung der Grenzen erforderlicher Verteidigung den subjektiven Tatbestand entfallen lassen sollen.⁵⁾

1) Vgl. S. 132 f., 140 f.

2) Benisch, in: Gemeinschaftskommentar § 26 Abs. 1 Rn. 28.

3) Müller/Giessler/Scholz § 26 Rn. 17.

4) Frankfurter Kommentar § 26 Tz. 46. Vgl. auch die Nachw. auf S.

5) Frankfurter Kommentar § 26 Tz. 46.

Im letzteren Fall könne bei Außerachtlassung der gebotenen Sorgfalt zwar der Vorwurf einer Fahrlässigkeit oder Leichtfertigkeit gerechtfertigt sein, die Absicht einer unbilligen Beeinträchtigung sei aber nicht gegeben. Seinem eigenen Ausgangspunkt, daß es sich bei Abwehr und Wahrnehmung berechtigter Interessen um Rechtfertigungsgründe handeln soll ¹⁾, wird der Frankfurter Kommentar somit bei der Behandlung der Irrtumsproblematik strafrechtsdogmatisch nicht gerecht.

Eine Einzelkritik der hier nur skizzierten, ihrerseits kursorischen Stellungnahmen scheint wegen der Verquickung der diesen zugrundeliegenden und an anderer Stelle bereits erörterten Voraussetzungen ²⁾ wenig ergebig. Deshalb soll stattdessen im folgenden die Irrtumsproblematik auf der Grundlage der Auslegungsergebnisse dargestellt werden, die hier zu den objektiven und subjektiven Tatbestandsmerkmalen erzielt worden sind:

Bei der Unbilligkeit handelt es sich um ein Merkmal des objektiven Tatbestandes, für das in subjektiver Hinsicht bedingter Vorsatz hinreicht. ³⁾ Es ist ein normatives Tatbestandsmerkmal, das freilich nicht "soviel normativen Gehalt in sich aufgenommen" hat, "daß die Rechtswidrig-

1) Vgl. Frankfurter Kommentar § 26 Tz. 38 ff.; insbesondere den Hinweis auf den "Notwehrexzess im Strafrecht unter Tz. 44.

2) Vgl. S. 132 ff., 170 ff.

3) Vgl. S. 170 ff., 178.

keit praktisch zum Tatbestand gezogen würde".¹⁾ Ein solcherart gesamtatbewertendes Merkmal²⁾ stellt das Unbilligkeitskriterium bei § 26 Abs. 1 GWB deshalb nicht dar, weil der Unrechtssachverhalt durch die anderen Normmerkmale bereits ausreichend typisiert wird und sich das Fehlen der Unbilligkeit der Beeinträchtigung nur strafbarkeitsausschließend auswirken kann.³⁾ Die Ermittlung des Bezugspunktes des Vorsatzes bedarf deshalb nicht einer gesonderten Zerlegung in den Sachverhalt kennzeichnende Bestandteile und eine rechtliche Bewertung.⁴⁾

Somit gelten die allgemein für die Behandlung des Irrtums über normative Tatbestandsmerkmale einschlägigen Grundsätze. Eine dem Vorsatzerfordernis genügende und einen Irrtum ausschließende Bedeutungskennntnis liegt danach dann vor, wenn der Täter eine sogenannte Parallelwertung in den Laiensphäre getroffen hat.⁵⁾ Hierfür

1) Jescheck, AT, S. 198.

2) Vgl. dazu Jescheck, AT, S. 198 mit weit. Nachw. Kritisch Schönke/Schröder/Lenckner Rn. 66 vor § 13; Schmidhäuser, AT, S. 288.

3) Vgl. dazu schon S. 127 ff.

4) Vgl. dazu Jescheck, AT, S. 237; Rudolphi, in: SK § 16 Rn. 17; Schönke/Schröder/Cramer § 15 Rn. 22. Als wichtigstes Beispiel hierfür gilt § 240 Abs. 2 StGB.

5) Vgl. dazu Schönke/Schröder/Cramer § 15 Rn. 45 mit zahlreichen weit. Nachw.; Göhler, Ordnungswidrigkeitengesetz, § 11 2 B.

reicht aus, daß er sich "nach dem Grade seiner Bildung und Sachkenntnis ein ausreichendes Vorstellungsbild über die Bedeutung des Begriffs im sozialen Leben gemacht hat".¹⁾ Es muß mit anderen Worten eine der Bewertung durch den Gesetzgeber "gleichgerichtete Einschätzung des Tatbestandsmerkmals im Gedankenkreis der individuellen Person" vorliegen.²⁾ Erfäßt der Täter den sozialen Sinngehalt des Merkmals noch nicht einmal nach Laienart liegt grundsätzlich ein vorsatzausschließender Tatbestandsirrtum vor.³⁾

Auch im strafrechtlichen Schrifttum ist freilich umstritten, in welchem Umfang bei Kenntnis der Bedeutung der einzelnen Umstände der Täter zugleich eine zutreffende rechtliche Gesamtbewertung vollziehen muß. Die Frage wird insbesondere in der Situation relevant, in welcher der Täter "bei Kenntnis des Sachverhalts und der sachlichen Bedeutung des in Frage stehenden Tatumsandes das in diesen Fall einschlagende normative Tatbestandsmerkmal gleichwohl zu seinen Gunsten unrichtig auslegt."⁴⁾

Nach herrschender Meinung handelt es sich hier um einen den Vorsatz nicht ausschließenden, grundsätzlich unbeachtlichen Subsumtionsirrtum, gegebenenfalls um einen Verbotsirrtum.⁵⁾ Dagegen soll nach anderer Auffassung

1) Maurach-Zipf, AT, Teilb. 1, S. 334 mit Nachw.

2) So Jescheck, AT, Teilb. 1, S. 237.

3) Vgl. Maurach-Zipf, AT, Teilb. 1, S. 558.

4) Maurach, AT (4. Aufl. 1971), S. 266.

5) Vgl. Maurach-Zipf, AT, Teilb. 1, S. 556 ff.; Schönke/Schröder/Cramer § 15 Rn. 45, 46 mit zahlreichen weit. Nachw.

auch eine falsche Schlußfolgerung in Rechtsfragen den Vorsatz entfallen lassen können.¹⁾ Die damit umschriebene sehr schwierige Grenzziehungsproblematik kann hier nicht vertieft werden. Allerdings regt eine naheliegende Überlegung zu dem Schluß an, daß der Widerspruch zwischen den Meinungen sich in concreto nicht so gravierend auswirken kann, wie es zunächst scheint: Auch die nur laienhafte Vorstellung über Inhalt und Bedeutung eines Tatbestandsmerkmals setzt immer bereits eine wertende Beurteilung voraus.²⁾ Ein unzutreffender rechtlicher Schluß ist praktisch deshalb nur noch dann möglich, wenn der Täter bei richtiger Einschätzung der Einzelumstände diese untereinander falsch gewichtet bzw. das Hinzutreten zusätzlicher Faktoren den Wertungsspielraum erweitert.³⁾

1) Vgl. Göhler, Ordnungswidrigkeitengesetz, § 11 2 B mit weit. Nachw. und Beispielen.

2) Vgl. Tiedemann, Tatbestandsfunktionen S. 391: "Die dem Tatbestand entsprechenden Tatumstände können daher insoweit auch nach der sog. Schuldtheorie keine bloßen Tatsachen sein, sondern sind Tatsachen in ihrer sozialen Bedeutung." Deshalb ist auch die Lehre von den sog. Komplexbegriffen abzulehnen; vgl. dazu v. Weber, GA 1953, S. 161 f. Hiergegen z.B. Jescheck, AT, S. 217 (Fn. 56); Kunert, Die normativen Merkmale der strafrechtlichen Tatbestände (1958), S. 109; Schönke/Schröder/Cramer § 15 Rn. 48. Bei der Unbilligkeit würde es sich ohnehin um keinen Komplexbegriff handeln, da dieses Merkmal nicht nur die Feststellung und Zusammenfassung verschiedener Tatumstände sondern zusätzlich eine umfassende Bewertung erfordert.

3) So muß z.B. beim Wucher (§ 302 a StGB) der Täter nicht nur (selbstverständlich!) die Höhe von Leistung und Vermögensvorteil kennen, sondern auch die Umstände, aus denen sich das "auffällige Mißverhältnis" zwischen diesen ergibt; vgl. Dreher/Tröndle § 302 a Rn. 32 mit weit. Nachw.

Diese Problematik tritt im wettbewerbsrechtlichen Kommentarschrifttum zu § 26 Abs. 1 GWB entsprechend zutage. So führen Langen/Niederleithinger/Schmidt aus, hinsichtlich der Unbilligkeit genüge die "Kenntnis aller zur Feststellung des Vorliegens dieses Tatbestandsmerkmals zu berücksichtigender Umstände, d.h. der gegeneinander abzuwägenden Interessen des Auffordernden einerseits und des beeinträchtigten bzw. zu beeinträchtigenden bestimmten Wettbewerbers andererseits."¹⁾ Eine zutreffende Abwägung dieser Interessen und damit eine Wertung sei nicht erforderlich. Nach einer verbreiteten anderen Auffassung soll dagegen eine Fehlbewertung die subjektive Tatseite ausschließen.²⁾

Von dem hier vertretenen Ausgangspunkt muß der Auffassung von Langen/Niederleithinger/Schmidt jedenfalls im Ergebnis gefolgt werden. Auch nach Laienverständnis stellt eine Liefer- oder Bezugssperre regelmäßig eine erhebliche Beeinträchtigung dar und die Aufforderung hierzu einen zielgerichteten Angriff. Liegen deshalb keine gravierenden Umstände vor, deretwegen der Verrufer sich zu seinem Verhalten veranlaßt sieht, ergibt sich für ihn schon aus der bloßen Kenntnis seines Verhaltens auch der auf die Unbilligkeit der Beeinträchtigung gerichtete Vorsatz, ohne daß es weiterer wertender Schlußfolgerungen bedürfte. Eine diesbezügliche Fehlbewertung

1) Langen/Niederleithinger/Schmidt § 26 Rn. 17.

2) Vgl. Frankfurter Kommentar § 26 Tz. 46; wohl auch Müller/Giessler/Scholz § 26 Rn. 17.

stellt deshalb regelmäßig einen unbeachtlichen Subsumtionsirrtum oder vermeidbaren Verbotsirrtum dar. Nur wenn Ausnahmekonstellationen - wie Abwehr - vorliegen, wird der für das Unbilligkeitsurteil maßgebliche Sachverhalt durch zusätzliche Umstände angereichert, die eine echte Abwägung erfordern.

Inwieweit ein Irrtum über diese zusätzlichen Faktoren sich vorsatzausschließend auswirkt, oder im Ergebnis unerheblich bleibt, bestimmt sich hier wiederum nach den allgemeinen Grundsätzen¹⁾: Nach der wohl herrschenden Meinung und insbesondere der strafrechtlichen höchst-richterlichen Rechtsprechung wird - ähnlich wie beim Irrtum über Rechtfertigungsgründe - auch bei normativen Tatbestandsmerkmalen zwischen Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum differenziert.²⁾

Geht so der Täter irrig von Tatsachen aus, bei deren Vorliegen ein Abwehrboykott ausnahmsweise nicht gegen § 26 Abs. 1 GWB verstoßen würde, kommt § 16 StGB bzw. § 11 Abs. 1 OWiG zur Anwendung. Glaubt er dagegen nur un-

1) Vgl. Baumann, in: Welzel-Festschrift, S. 533, 540 ff. Ferner Maurach-Zipf, AT, Teilb. 1, S. 556 f. mit zahlreichen Rechtsprechungsnachweisen, nach welchem "man hier wohl von dem derzeit am wenigsten gelösten Problem der gesamten Irrtumslehre sprechen kann" (S. 557). Eine Vertiefung der Problematik an dieser Stelle verbietet sich folglich. Auch die Befürchtung Baumanns (S. 539), "in dem Bestreben, den § 17 StGB auszuhöhlen", werde "möglicherweise eine ähnliche Jagd auf normative Umstände bzw. eine erhebliche Erweiterung des Bedeutungsgehalts vorhandener normativer Umstände einsetzen, wie weiland die Jagd auf den außerstrafrechtlichen Rechtsirrtum", kann nur erwähnt, aber nicht erörtert werden.

2) Vgl. Rotberg, Ordnungswidrigkeitengesetz § 11 Rn. 3.

zutreffenderweise, das Verhalten eines Wettbewerbers sei als rechtswidriger Angriff zu qualifizieren, handelt er lediglich in einem regelmäßig vermeidbaren Verbotsirrtum.

Liegt schließlich ein rechtswidriger Angriff tatsächlich vor, stellt der Boykott aber nicht die "erforderliche" Abwehr dar, z. B. weil gerichtliche Hilfe rechtzeitig verfügbar gewesen wäre, und verkennt der Täter dies, handelt es sich ebenfalls um einen Verbotsirrtum. Da zumal die erste Konstellation kaum mehr als theoretischer Natur ist, sind folglich die Fehlvorstellungen des Täters fast immer unbeachtlich.

Irrt der Täter über Voraussetzungen oder Grenzen von ausnahmsweise eingreifenden Rechtfertigungsgründen ¹⁾, gilt nach den Grundsätzen der im Strafrecht ganz herrschenden sog. eingeschränkten Schuldtheorie ²⁾ das oben Gesagte ohnehin.

Die Behandlung des Irrtums über die anderen – in ihrem Gehalt stärker deskriptiven – Merkmale des § 26 Abs. 1 GWB nötigt demgegenüber nicht zu weiteren Überlegungen. Verkennt der Täter die tatsächlichen Umstände, aufgrund deren es sich beim Verrufenen um einen "Wettbewerber" handelt (wohl kaum vorstellbar), handelt er im Tatbestandsirrtum; eine Fehlbewertung der richtig erkannten Umstände führt wiederum nur zu einem als Verbotsirrtum zu behandelnden Subsumtionsirrtum. Hält er seine "Auf-

1) Vgl. S. 142 ff., 150 f., 153.

2) Vgl. dazu nur Maurach-Zipf, AT, Teilb. 1, S. 370 ff., 547 ff. mit zahlr. weit. Nachw.; Rudolphi, in: SK § 16 Rn. 10 ff.

forderung" für eine wettbewerbsrechtlich unbeachtliche "unverbindliche Meinungsäußerung", das Verhalten, zu dem er auffordert (drastische Reduzierung von Geschäftsbeziehungen) noch nicht für eine Liefer- oder Bezugssperre, oder hält er seinen Betrieb (z. B. als Angehöriger eines freien Berufs) nicht für ein "Unternehmen", greifen jeweils Verbotsirrtumsregeln ein.

4. KAPITEL BOYKOTT UND ALLGEMEINES STRAFRECHT

Die Frage, ob und wieweit Erscheinungsformen des wirtschaftlichen Boykotts durch die Tatbestände des allgemeinen Strafrechts erfaßt werden, hat in den letzten Jahren in der rechtswissenschaftlichen Diskussion zunehmend Beachtung gefunden.¹⁾ Die Feststellung von Kartte/von Portatius²⁾, "die Möglichkeiten des allgemeinen Strafrechts bei der Bekämpfung von qualifizierten For-

-
- 1) Baumann/Arzt, Kartellrecht und allgemeines Strafrecht ZHR Bd. 134 (1970), S. 24 ff.; Sattler, Die rechtliche Beurteilung der Boykotterklärung (iur. Diss. Erlangen-Nürnberg 1971), S. 74 ff.; Thomas, Perspektiven der Anwendung strafrechtlicher Tatbestände bei kartellrechtlichen Verstößen, WuW 1974, S. 20 ff.; Tiedemann Wettbewerb und Strafrecht (1976), S. 127 f., ders., Kartellrechtsverstöße und Strafrecht (1976), S. 20 ff. Vgl. auch Leistner, Strafrechtliche Aspekte im Kartellrecht (iur. Diss. Gießen 1972).

Aus dem älteren Schrifttum, das sich vornehmlich des durch Arbeitskämpfe veranlaßten Boykotts annahm, seien erwähnt: Krückmann, Der Boykott im Lohnkampf (1918), S. 67 ff.; Maschke, Boykott, Sperre und Aussperrung (1911), S. 7 ff., 24 ff.; Oertmann, Der politische Boykott (1925), S. 11 ff., 76 ff.

Zu dem hier erörterten Verhältnis von Wettbewerbsrecht und Strafrecht dagegen schon Lehnich, Die Wettbewerbsbeschränkung (1956), S. 265 ff.; Dörinkel, Der Begriff des Mißbrauchs im Sinne der Kartellaufsichtsbestimmungen des GWB, WuW 1959, S. 81 ff. Triebold, Kartellsperre - Erpressung? WuW 1954, S. 178 ff.

Die ältere Strafrechtsprechung sah - recht hilflos - im Boykott zunächst ein Problem groben Unfugs (§ 360 Nr. 11 StGB a.F.); vgl. OLG Dresden Fischers Zeitschr. Bd. 30, 346; OLG Naumburg GA 39, 76; RGSt. 27, 292, 295. Noch beachtenswert dagegen bereits RGSt. 34, 15 ff. (zur Androhung einer Sperre).

- 2) Kartte/von Portatius, Kriminalisierung des Kartellrechts?, Betriebsberater 1975, S. 1169 ff. (1172).

men der Wettbewerbsbeschränkung durch Ausübung von Druck (§ 240 StGB) oder Täuschung (§ 263 StGB)" seien "leider auch von der Strafrechtswissenschaft immer etwas stiefmütterlich behandelt worden", mag deshalb zwar hinsichtlich der Vergangenheit zutreffen, wird durch die jüngere strafrechts- und wettbewerbsrechtliche Diskussion inzwischen aber relativiert.

Vor allem auf folgenden Umstand ist diese Entwicklung zurückzuführen: Im Verlauf der noch andauernden Auseinandersetzung darüber, ob zumindest einzelne gravierende Verstöße gegen das GWB kriminalisiert werden sollen oder nicht¹⁾, verweisen sowohl Befürworter als auch Gegner einer Kriminalisierung auf die Einschlägigkeit der Tatbestände des allgemeinen Strafrechts. Die Argumentation der letzteren zielt dabei unter Hinweis darauf, daß bei wirklich gravierenden Kartellrechtsverstößen ja ohnehin die Normen des StGB eingriffen, auf eine Ablehnung spezieller strafgesetzlicher Normierungen.²⁾ Den ersteren dient die Heranziehung der "klassischen" Straftatbestände neben einer Untersuchung des Strafbedürfnisses insbesondere zu einer Überprüfung der Strafwürdigkeit der einzelnen Kartellrechtsverstöße.³⁾

1) Vgl. die Nachweise auf S. 8 (Fn. 1).

2) Kartte/v. Portatius, BB 1975, 1169 ff., 1172.

3) Vgl. Baumann/Arzt, ZHR Bd. 134 (1970), 24 ff., 33; Lampe, in: Tagungsberichte Bd. 8, Anl. 4, S. 53 f.; Tiedemann, Kartellrechtsverstöße S. 127; ders., Wettbewerb und Strafrecht, S. 20 ff.

Auch die vorliegende Untersuchung erfolgt nicht losgelöst von jenen Reformüberlegungen und beschränkt sich nicht auf eine "zweckfreie" Analyse der Anwendbarkeit der Tatbestände des Strafgesetzbuches. Denn erst nach der Überprüfung, in welchen Fällen das geltende Kriminalstrafrecht bereits "greift", kann sinnvoll eine (spezialstraftatbestandliche Erfassung des Boykotts in Betracht gezogen werden.

Bei der folgenden Erörterung der einzelnen Tatbestände des StGB soll neben der Frage, inwieweit ihre einzelnen Merkmale jeweils erfüllt werden, dem Problem nachgegangen werden, ob der durch die StGB-Tatbestände verfolgte Rechtsgüterschutz auch erschöpfend den Schutz der hinter dem Boykottverbot des § 26 Abs. 1 GWB stehenden GWB-rechtlichen Schutzgüter bewirkt, sowie dem angrenzenden Problem, inwieweit der spezifische Handlungsunwert von Boykottmaßnahmen durch diese Tatbestände erfaßt wird. Da der Verrufer mit seinem Verhalten gegenüber dem Sperrer häufig zugleich gegen § 25 Abs. 2 GWB verstößt und sich das Verhalten des Sperrers seinerseits zuweilen als Verstoß gegen § 26 Abs. 2 GWB darstellt - seltener auch als Verletzung des § 25 Abs. 2 GWB - werden diese Normen in die strafrechtlichen Überlegungen miteinbezogen.

Schließlich wirft die gleichzeitige Erfassung von Boykottmaßnahmen sowohl durch die Ordnungswidrigkeitstatbestände des GWB, insbesondere §§ 26 Abs. 1, 25 Abs. 2, ggf. auch 26 Abs. 2 i. V. m. § 38 I Nr. 8 GWB, sowie

durch die Tatbestände des allgemeinen Strafrechts, namentlich § 240 StGB, die Frage ihres gesetzessystematischen Verhältnisses auf. Somit stellt sich das Problem, welche Bedeutung § 21 Ordnungswidrigkeitengesetz für das Verhältnis von Kartellordnungswidrigkeit und Straftatbestand hat.

Nur am Rande Berücksichtigung finden sollen allerdings jene Tatbestände des StGB, die anlässlich von Boykottmaßnahmen gelegentlich zwar auch verwirklicht werden, deren Verletzung aber nur "ausnahmsweise" erfolgt und deshalb für die Phänomenologie des Boykotts nicht signifikant ist.

I. § 240 StGB (Nötigung)

Soweit strafrechtliche Aspekte des Boykotts in der Literatur erörtert werden, nimmt der Nötigungstatbestand § 240 StGB dabei bevorzugten Raum ein. Ein maßgeblicher Grund dafür ist neben der Weite und Offenheit des Nötigungstatbestandes¹⁾ die teilweise Identität der durch das Boykottverbot des § 26 Abs. 1 GWB sowie durch § 240 StGB geschützten Rechtsgüter. Beide Normen schützen die Freiheit der Willensentschließung und Willensbetätigung.²⁾

-
- 1) Diese hat sogar den Einwand hervorgerufen, § 240 StGB verstoße gegen den Bestimmtheitsgrundsatz des Art. 103 Abs. 2 GG. So Hellmuth Mayer, AT (1953), S. 86; ders. in: Materialien zur Strafrechtsreform Bd. 1 (1954), S. 267 ff.; Welzel, Das deutsche Strafrecht (11. Aufl. 1969), S. 327; Fezer, JZ 1974, 600; Stratenwerth AT (2. Aufl. 1976), S. 121, Rn. 354. Bedenken äußern auch Hirsch, ZStW Bd. 74 (1962), S. 123 f. und Schaffstein, ZStW Bd. 72 (1960), S. 377.

Anderer Ansicht aber die herrschende Meinung. Vgl. nur Schönke/Schröder/Eser (19. Aufl. 1978) § 240 Rn. 15 b; Schäfer, in: LK § 240 Rn. 54 ff.; Lenckner JuS 1968, 304, 307; Sax, in: Die Grundrechte, Bd. 3, Halbb. 2 (1959), S. 909, 1010 f.

- 2) Zu § 240 StGB:

Vgl. nur Arzt, BT, LH 1 (1977), S. 185; Dreher-Tröndle (38. Aufl. 1978) § 240 Anm. 1; Lackner (12. Aufl. 1978) § 240 Anm. 1; Maurach-Schroeder, BT, Teilb. 1 (6. Aufl. 1977), S. 123; Schäfer, in: LK § 240 Anm. 2; Schönke/Schröder/Eser § 240 Rn. 1 je m. weit. Nachw.

Zu § 26 Abs. 1 GWB:

Vgl. Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbsrecht (12. Aufl. 1978), § 1 UWG Rn. 234; Langen/Niederleithinger/Schmidt § 26 Rn. 4; I. Schmidt, US-amerikanische und deutsche Wettbewerbspolitik gegenüber Marktmacht (1973), S. 232 f.; Steindorff, Einführung in das Wirtschaftsrecht der Bundesrepublik Deutschland (1977), S. 76; vgl. auch Tiedemann, Wettbewerb und Strafrecht (1976), S. 20, 30.

Ist dieser Schutz durch § 240 StGB jedoch von allgemeiner Art, so schützt § 26 Abs. 1 GWB (neben der Funktionsfähigkeit der Institution Wettbewerb) die spezifisch wirtschaftliche Ausprägung der Willensentschließungs- und Betätigungsfreiheit als Zugangsfreiheit zum Markt und Freiheit zum Vertragsschluß, allgemeiner ausgedrückt: als Dispositionsfreiheit im Wettbewerb.¹⁾

Vom Schutzgut her gesehen scheint somit der allgemeine Nötigungstatbestand eine einschlägige Strafrechtsnorm zur Erfassung des Boykotts. Die "Nähe" zum Nötigungstatbestand wird im Schrifttum denn auch hervorgehoben.²⁾ Die unterschiedliche Tatbestandsstruktur von Boykottverbot und "Nötigungsverbot" stellt jedoch im einzelnen vor erhebliche Schwierigkeiten. Dies soll im folgenden an Hand der Merkmale des Nötigungstatbestandes näher ausgeführt werden. Da in der Boykottkonstellation häufig zugleich §§ 25 Abs. 2 und 26 Abs. 2 GWB verwirklicht werden, umfassen die Ausführungen auch das insoweit einschlägige Verhalten der "Boykottparteien".

1) Nötigung des Gesperrten durch den Verrufer

Wie an anderer Stelle dargelegt³⁾, liegt der besondere

1) Vgl. zusammenfassend Tiedemann, Wettbewerb und Strafrecht S. 20 ff.

2) Vgl. Lampe, in: Tagungsberichte Bd. 8, Anl. 4, S. 54; Leistner, Strafrechtliche Aspekte S. 136 f; Tiedemann, Kartellrechtsverstöße S. 127.

3) Vgl. zusammenfassend S. 321 ff., 327 ff.

wettbewerbliche Unwert der Boykottaufforderung in der vom Verrufer verursachten Beeinträchtigung der Dispositionsfreiheit des Gesperrten. Ob der Nötigungstatbestand gegenüber Boykottmaßnahmen hinreichend Schutz gewährt, muß sich deshalb vorrangig an einer Prüfung des Strafrechtsschutzes des Gesperrten vor Boykottmaßnahmen durch den Verrufer erweisen.

Die erfolgreiche Boykottaufforderung steht dabei im Vordergrund. Auch nach der Ersetzung des Tatbestandsmerkmals der "Veranlassung" zu Liefer- oder Bezugssperren durch das Merkmal der "Aufforderung" anlässlich der Kartellnovelle von 1973 fallen die Fälle der erfolgreichen Boykottaufforderung, in denen der Adressat die Sperre tatsächlich auch vollzieht, unter den eigentlichen Kernbereich der Norm. Dies um so mehr, als die Verfolgungspraxis auch weiterhin nur in Ausnahmefällen mit erfolglosen Boykottaufforderungen befaßt wird. Deshalb soll zunächst geprüft werden, ob der erfolgreich zum Boykott Auffordernde mit seiner Aufforderung den Tatbestand des § 240 Abs. 1 StGB erfüllt.

a) Die erfolgreiche Boykottaufforderung

aa) Täterschaft oder Anstiftung?

Die eigentümliche Regelung der Dreierkonstellation des Boykotts durch das Wettbewerbsrecht stellt die Stellungnahme zu seiner strafrechtlichen Bewertung vor nicht unerhebliche Schwierigkeiten. Das Schrifttum sieht sich zum einen damit konfrontiert, daß der Ordnungswidrigkeitstatbestand der §§ 26 Abs. 1 in Verbindung mit § 38 Abs. 1 Nr. 1 GWB nur das Verhalten des Verrufers erfaßt während die Vollziehung der Sperre durch den Verrufsadressaten als solche keine Ordnungswidrigkeit darstellt. Eine Ordnungswidrigkeit des Sperrers liegt vielmehr nur dann vor, wenn sein Verhalten zugleich die Tatbestände der §§ 26 Abs. 2 oder 25 Abs. 2 in Verbindung mit § 38 Abs. 1 Nr. 8 GWB erfüllt.¹⁾

Zum anderen geht aber eine verbreitete Auffassung gerade davon aus, daß es sich bei § 26 Abs. 1 in Verbindung mit § 38 Abs. 1 Nr. 8 GWB (nur) um "typische Anstiftung" handelt.²⁾

1) Vgl. BGHZ 44, 279, 285 ("Brotkrieg"); BGHZ in NJW 66, 1919 = LM § 25 GWB Nr. 4 ("Flaschenbier"); Baumann und Arzt, ZHR Bd. 134 (1970), S. 49 unter Berufung auf "die wohl einhellige Meinung"; Benisch, in: Gemeinschaftskommentar § 26 Abs. 1 Anm. 29; Spengler, Der Betrieb, 1957, 1171; Tiedemann, Wettbewerb und Strafrecht, S. 28.

2) Vgl. Baumann und Arzt, ZHR Bd. 134 (1970), S. 41 Fn. 46; Lampe, in: Tagungsberichte Bd. 8, Anl. 4, S. 49: "bloße Aufforderung ... ein formell vollendetes Delikt"; Sandrock, Die Liefersperre in kartell- und zivilrechtlicher Sicht, JuS 1971, S. 57, 59 f.

Nach dem letzteren Verständnis von § 26 Abs. 1 in Verbindung mit § 38 Abs. 1 Nr. 8 GWB ist es nur folgerichtig, wenn Baumann und Arzt ¹⁾ unter Berufung auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ²⁾ die Frage aufwerfen, ob hier nicht auf verfassungswidrige Weise "eine Art Anstifterstrafe" angedroht wird, ohne daß die Haupttat strafbar wäre.

Bereits die erwähnten grundsätzlichen Bedenken gegen die Konstruktion der §§ 26 Abs. 1 in Verbindung mit 38 Abs. 1 Nr. 8 GWB und der Umstand, daß die strafrechtliche Beurteilung des Boykotts an dessen ordnungswidrigkeitenrechtliche Ausgestaltung nicht gebunden ist, erschweren die Lösung einschlägiger Fälle nach allgemeinem Strafrecht.

1) Baumann und Arzt, ZHR Bd. 134 (1970), 41 (Fn. 46). Tiedemann, Wettbewerb und Strafrecht S. 28 f. weist darauf hin, daß sich hier die Frage stellen könne, "ob es unter der Geltung des Art. 3 GG überhaupt zulässig ist, den Anstifter für strafbar (oder ordnungswidrig) zu erklären, während der (vorsätzlich handelnde) Haupttäter frei von Sanktionen bleiben soll".

2) Vgl. BVerfGE 17, 306, 318 ("Mitfahrerzentrale"): Das Gericht erachtet eine Umkehrung des Täter-Gehilfen-Verhältnisses als Mißbrauch strafrechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten und als Verstoß gegen das Rechtsstaatsprinzip.

Hingegen hat sich der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs in einer Entscheidung zu dem Empfehlungsverbot des (heutigen) § 38 Abs. 1 Nr. 11 GWB auf den Standpunkt gestellt, daß es nicht sachwidrig sei, nur denjenigen durch das Gesetz formell als Täter einzustufen, dessen "Umgehungsvorsatz ... ohne Schwierigkeiten feststellbar" sei; BGHSt. 14, 55, 60 f., 62 ("Kohlenplatzhandel").

Vgl. hierzu auch den Hinweis Tiedemanns, Wettbewerb und Strafrecht S. 29, auf eine entsprechende Problematik im Aktienrecht.

Dies zeigt der folgende Beispielsfall:

Die Textilhäuser A und B sind die einzigen Anbieter hochwertiger Damenkonfektion am Ort. Beide vertreiben Kostüm der renommierten Marke M. Um seinen Kundenkreis zu Lasten des Mitbewerbers A zu erweitern, vertreibt das jüngere Unternehmen B seit einiger Zeit die Artikel von M merklich preisgünstiger. Aufforderungen von A, man solle sich doch nicht gegenseitig die "Preise kaputt machen", ignoriert B.

Darauf läßt A M wissen, wenn M weiterhin B beliefere, habe A, der bekanntlich der größere Abnehmer von M sei, kein Interesse mehr an dessen Artikeln. Wenn B "wieder zur Vernunft gekommen" sei, könne M dessen Belieferung ja wieder aufnehmen. Zugleich sorgt A dafür, daß B von dieser Mitteilung ebenfalls erfährt.

Daraufhin stellt M ohne Angabe von Gründen die Belieferung von B ein, der im übrigen nicht "abhängig" im Sinne des § 26 Abs. 2 GWB ist.

- Anstiftung zur Nötigung?

M hat in diesem Fall nicht ordnungswidrig im Sinne der §§ 26 Abs. 2 oder etwa 25 Abs. 2 in Verbindung mit § 38 Abs. 1 Nr. 8 GWB gehandelt.¹⁾ A dagegen hat den Tatbestand des § 26 Abs. 1 in Verbindung mit § 38 Abs. 1 Nr. 8 GWB erfüllt.

Das empfindliche Übel im Sinne des § 240 StGB, mit dessen

1) Zur strafrechtlichen Beurteilung des Sperrerverhaltens vgl. S. 230 ff.

Zufügung die Willensfreiheit des B beeinträchtigt werden soll, liegt hier in der Sperre. Deren Verhängung durch M ist aber "noch nicht einmal" ordnungswidrig. Sie erfüllt auch nicht den Nötigungstatbestand.¹⁾

Mangels Haupttat kann deshalb A nicht Anstifter zu einer Nötigung nach § 240 StGB sein. De lege lata sind somit - wie regelmäßig - die §§ 240, 26 StGB auf das Verhalten des Verrufers nicht anwendbar.

Allerdings könnte A mit seiner Erklärung gegenüber M den Nötigungstatbestand erfüllt haben. Für die strafrechtliche Wertung des Verhaltens des Verrufers gegenüber dem Gesperrten - anhand des § 240 StGB - ist dieser Umstand jedoch unerheblich. Ob in den Fällen, in denen sich der Verrufer zur Beeinflussung des Adressaten seiner Boykottaufforderung eines Nötigungsmittels bedient, zugleich der wettbewerbliche Unwert der Boykottaufforderung in Bezug auf den Verrufenen gesteigert wird, steht dabei auf einem anderen Blatt.²⁾

De lege lata besteht auch keine Möglichkeit, die Strafbarkeit des Verrufers über eine "verselbständigte" Anstifterhaftung zu begründen. Dem steht entgegen, daß eine den §§ 111 Abs. 2 StGB (erfolglose öffentliche Aufforderung zur Begehung einer strafbaren Handlung) oder 159 StGB (erfolglose Anstiftung zur falschen Aussage und zur Ab-

1) Vgl. dazu im einzelnen S. 230.

2) Vgl. S. 331.

gabe einer falschen eidesstattlichen Versicherung) vergleichbare einschlägige Vorschrift nicht existiert. Die Anwendung des § 30 Abs. 1 StGB scheitert wegen fehlenden Verbrechenscharakters der Nötigung.

De lege ferenda ist - im Hinblick auf einen zukünftigen Spezialstraftatbestand - gleichwohl von Interesse, ob, von den aufgewiesenen positiv-rechtlichen Hindernissen einmal abgesehen, überhaupt vom Wesen der Teilnahme her eine Deutung der Boykottaufforderung als Anstiftung zutreffend ist. Zwar bedeutet die Verrufserklärung ihrer Natur nach die Einwirkung auf einen anderen, um diesen zu einem bestimmten Verhalten zu veranlassen. Sie ist insofern also der Anstiftung vergleichbar. Wegen dieses besonderen Charakters der Verrufserklärung ist auch verständlich, daß sie häufig mißverständlich als "typische Anstiftung" interpretiert wird. Wie aber schon die Interpretation des Ordnungswidrigkeitstatbestandes des § 26 Abs. 1 in Verbindung mit § 38 Abs. 1 Nr. 8 GWB als "verselbständigte Anstifterhaftung" in die Irre leitet¹⁾ so wäre es auch bei der

1) Zutreffend dagegen Sattler, Die rechtliche Beurteilung der Boykotterklärung, S. 148: "Das Hauptübel des Boykotts stellt die Boykotterklärung dar"; vgl. auch Tiedemann, Wettbewerb und Strafrecht, S. 29 f. Kennzeichnend für die widerspruchsvolle Verwendung strafrechtlicher Kategorien im wettbewerbsrechtlichen Schrifttum Frankfurter Kommentar § 26 Tz. 5: "Charakteristisches Merkmal des Boykotts ist mithin, daß der Veranlasser sich anderer Personen zur Ausführung der von ihm geplanten Maßregelung bedient und deshalb dem Betroffenen gegenüber selbst nicht in Erscheinung zu treten braucht. ... Der Boykott ist ein Anstiftungstatbestand". Nach dieser Charakterisierung hätte wohl die Annahme mittelbarer Täterschaft näher gelegen.

Prüfung des § 240 StGB verfehlt, knüpfte man neben dem Verhalten des Verrufers etwa zusätzlich oder statt dessen an dem Verhalten des Sperrers an. Dies liegt schon deshalb nahe und befindet sich insoweit in Übereinstimmung mit dem Wortlaut des § 26 Abs. 1 GWB, als durch die Kartellrechtsnovelle 1973 das Merkmal der "Veranlassung" zu einer Liefersperrung durch dasjenige der "Aufforderung" ersetzt worden ist. Die Norm verzichtet also auf das Vorliegen einer "Haupttat". Aber selbst wenn § 26 Abs. 1 GWB (noch) nur die erfolgreiche Boykottaufforderung erfassen würde, würde sich im übrigen hier nichts ändern: auch dann ergäbe sich eine mögliche Strafbarkeit des Verrufers wegen Nötigung aufgrund des besonderen Unwertes seines eigenen Verhaltens und unabhängig von der strafrechtlichen Bewertung desjenigen des Sperrers.

Diese Betonung des Gewichts der Verrufserklärung bei der Anwendung des geltenden Strafrechts kann sich weiter (negativ) auch auf die Überlegungen stützen, die zum Strafgrund der Teilnahme, insbesondere der Anstiftung, entwickelt worden sind:

Nach der älteren Schuldteilnahmelehre ¹⁾ beruht die Straf-

1) Vgl. Kohlrausch, in: Bumke-Festschrift (1939), S. 48; Hellmuth Mayer, AT (Lehrbuch 1953), S. 318 ff.; ders. AT (Grundriß 1967), S. 155 ff.; Vgl. zur Entwicklung dieser Lehre Lange, Die notwendige Teilnahme (1940), S. 36 ff.

barkeit des Teilnehmers darauf, daß er das "Schuldigwerden" des Täters zu verantworten hat. Ganz abgesehen davon, daß diese Lehre nicht mit § 29 StGB (und bereits nicht mit § 50 a.F.) vereinbar ist ¹⁾, könnte mit ihrer Hilfe für die vorliegende Konstellation nie eine Strafbarkeit des Verrufers begründet werden, da eine schuldhaft Haupttat regelmäßig fehlt.

Aber auch nach der heute herrschenden Förderungs- (oder Verursachungs)Theorie ²⁾ wird für die Strafbarkeit des Teilnehmers eine tatbestandsmäßige und rechtswidrige Handlung des Haupttäters gefordert, die beim Boykott regelmäßig nicht gegeben ist. Selbst nach der Lehre Schmidhäusers, der von einem Eigenunwert der Teilnahme ausgeht und deshalb auf den Handlungsunwert im Handeln des Teilnehmers und nicht auf den Erfolgswert abstellt, "der nur zum Teil in der Ausführung der rechtswidrigen Haupttat durch den Täter liegt" ³⁾, ist letztlich die Strafbarkeit des Teilnehmerhandelns davon abhängig, "daß wenigstens eine tatbestandlich-rechtswidrige Haupttat als Erfolgswert" ⁴⁾ vorliegt.

1) Jescheck, AT (3. Aufl. 1978), S. 557 ff.; gegen diese Lehre z.B. auch Schönke/Schröder/Cramer § 25 Vorbem. 20 mit weit. Nachw.

2) Vgl. Baumann, AT (8. Aufl. 1977), S. 580; Jescheck AT, S. 558.
Den unselbstständigen Charakter des Beitrags des Teilnehmers auch nach dieser Lehre verdeutlicht insbes. Strathenwerth, AT I (2. Aufl. 1976), S. 243 Nr.860 ("Unrechtsteilnahmetheorie").

3) Schmidhäuser, AT (2. Aufl. 1975), S. 533.

4) Schmidhäuser, AT, S. 543.

Am ehesten geht - jedenfalls der Formulierung nach - noch die Lehre von Lüderssen in eine Richtung, nach der für die Begründung der Strafbarkeit des Teilnehmers (Anstifters) eine Haupttat entbehrt werden könnte. Nach Lüderssen wird der Teilnehmer nicht für die Förderung fremder Tat, sondern für eigenes, tatbestandliches Unrecht verantwortlich gemacht. Die Abhängigkeit der Strafbarkeit des Teilnehmers vom Vorliegen der Haupttat sei "rein faktischer Natur". ¹⁾

Das Verhalten des Haupttäters habe "für die Würdigung der Teilnahmehandlung nur insofern eine Bedeutung, als es die Voraussetzung dafür ist, daß der Beitrag des Teilnehmers einen tatbestandsmäßigen Erfolg zeitigt". ²⁾ Diese Voraussetzung liege ausschließlich auf dem Gebiet der Kausalität.

Jedenfalls für den Fall der erfolgreichen Boykottaufforderung ließe sich nach dieser Lehre vom Strafgrund der Teilnahme her eine Strafbarkeit des Verrufers wegen Anstiftung zur Nötigung folgern, auch wenn das Verhalten des Sperrers nicht tatbestandsmäßig ist.

Die Lehre Lüderssens ist jedoch im strafrechtlichen Schrifttum auf nahezu einhelligen Widerspruch gestoßen. Insbesondere Jescheck hat hervorgehoben, daß auf diese Weise "die Akzessorietät der Teilnahme und damit auch die

1) Lüderssen, Zum Strafgrund der Teilnahme (1967), S. 11.

2) Lüderssen, Zum Strafgrund der Teilnahme, S. 210.

an den Tatbeständen des Besonderen Teils ausgerichtete Struktur von Anstiftung und Beihilfe preisgegeben" werde. Nach dieser Auffassung, die mit dem geltenden Recht nicht vereinbar sei, werde zum Beispiel auch die Teilnahme am Selbstmord strafbar und stelle sich die Teilnahme an einer unterlassenen Hilfeleistung durch positives Tun unter Umständen sogar als Teilnahme am Tötungsverbrechen dar.¹⁾

Eine eingehende Auseinandersetzung mit der Auffassung Lüderssens verbietet sich an dieser Stelle. Für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung mag aber die Feststellung hinreichen, daß sich vom Boden des geltenden Strafrechts gravierende Einwände gegen Lüderssens Konzeption erheben.

Insgesamt ergibt sich somit, daß - abgesehen vom Normtext der §§ 240, 26 StGB - schon unter dem allgemeineren Gesichtspunkt des Strafgrundes eine Anstifterstrafbarkeit des Verrufers regelmäßig deshalb scheitert, weil keine tatbestandsmäßige und rechtswidrige Handlung des Sperrers vorliegt. Das Unrecht des Anstifters stellt immer nur "abgeleitetes Unrecht" dar, während beim Boykott das Strafwürdige gerade in der Boykottaufforderung selbst liegt.

1) Jescheck, AT, S. 558; vgl. weiter nur Schönke/Schröder/Cramer, §§ 25 ff. Vorbem. 21; Stratenwerth, AT I, S. 243 Nr. 859.

- Mittelbare Täterschaft ?

Eine Strafbarkeit des Verrufers als Täter des § 240 StGB ließe sich begründen, wenn man sein Verhalten als mittelbare Täterschaft qualifizierte. Der Sperrer wäre dann das "Werkzeug". In der Tat ziehen diese Konsequenz Baumann und Arzt, nach denen aus strafrechtlicher Sicht der Verrufer dann als mittelbarer Täter handeln soll, wenn der Sperrer als gutgläubiges Werkzeug des Verrufenden "die Boykottsituation nicht durchschaut".¹⁾ Dagegen soll nach diesen Autoren nicht mittelbare Täterschaft, sondern mittäterschaftlich begangene Nötigung durch Verrufer und Sperrer gegeben sein, wenn der letztere nicht gutgläubig ist.

Hiergegen weist Tiedemann²⁾ darauf hin, daß aus dem Umstand, daß der Aufforderung zur Liefer- oder Bezugssperre ein eigener Unwertgehalt zukomme, nicht gefolgert werden könne, daß der Verrufer mittelbarer Täter einer Nötigung gegenüber dem Verrufenen sei.

Von der Grundlage des geltenden Strafrechts ist dieser Meinung zuzustimmen. - Als mittelbarer Täter handelt, wer die Tat "durch einen anderen" begeht, also einen anderen als Tatmittler (Werkzeug) für sich handeln läßt (vgl. § 25 Abs. 1 StGB). Für die Tatbestandsmäßigkeit des Verhaltens kommt es dabei auf die Person des mittelbaren Täters an und nicht auf die des Werkzeugs.³⁾ Des-

1) Baumann/Arzt, ZHR Bd. 134 (1970), 49.

2) Tiedemann, Wettbewerb und Strafrecht S. 30 f.

3) Vgl. nur Lackner, StGB (12. Aufl. 1978), § 25 Anm. 1 b) aa); Schönke/Schröder/Cramer § 25 Rn. 9 ff. m. weit. Nachw.

halb ist ja auch anerkannt, daß mittelbare Täterschaft dann nicht in Betracht kommt, wenn dem Hintermann eine besondere, im Tatbestand vorausgesetzte Täterqualität fehlt (wie im Fall der sog. Sonderdelikte) oder wenn der Tatbestand nach seinem Sinn unmittelbares Handeln voraussetzt (wie im Fall der sog. eigenhändigen Delikte).¹⁾

Nun erfordert zwar die Erfüllung des Nötigungstatbestandes keine eigenhändige Begehung und setzt § 240 StGB auch keine besondere Täterqualität voraus. Der der Ablehnung der mittelbaren Täterschaft bei den Sonderdelikten und eigenhändigen Delikten zugrundeliegende Gedanke jedoch, daß die Tatbegehung auch durch den mittelbaren Täter unmittelbar selbst gedacht werden können muß, greift hier aber auch ein. Zwar kann im Beispielsfall A an sich der Täter einer jeden beliebigen Nötigung sein. Stellt man ihn sich aber anstelle des M handelnd vor, wäre der Nötigungstatbestand im konkreten Fall nicht erfüllt.²⁾

Rechnet man beim Boykott das Handeln (hier: das Unterlassen) des Werkzeugs dem mittelbaren Täter "wie eigenes" zu, "so daß er rechtlich so zu behandeln (wäre), wie wenn er

1) Lackner § 25 Anm. 1 b) aa); Schönke/Schröder/Cramer § 25 Rn. 28 ff.

2) Diese Konstellation darf deshalb nicht mit den Fällen mittelbarer Täterschaft verwechselt werden, in denen das Werkzeug beispielsweise tatbestandslos, rechtmäßig oder absichtslos bzw. qualifikationslos handelt (vgl. hierzu Jescheck, AT, S. 542 ff.).

diese Tatteile eigenhändig verwirklicht hätte" ¹⁾, könnte ihm gerade kein nötiges Verhalten zugerechnet werden.

Schließlich zeichnet sich die Boykott-Konstellation durch eine weitere Eigentümlichkeit aus, die ihre Erfassung durch die Figur der mittelbaren Täterschaft verbietet: Der Tatmittler wird anschaulich mit dem unpersönlichen, dem Bereich der mechanisch-dinglichen Umwelt entnommenen Terminus "Werkzeug" bezeichnet. Dem liegt die richtige Erkenntnis zugrunde, daß sich der Täter statt eines (menschlichen) Tatmittlers grundsätzlich immer auch eines Geräts oder eines Tiers (z.B. eines bissigen Hundes) bedienen könnte. Der Verrufer ist hingegen für den Erfolg seines Aufrufs notwendig darauf angewiesen, daß ein anderer Mensch in seinem Sinne tätig (bzw. untätig) wird, indem er auf die Vornahme von Rechtsgeschäften verzichtet.

Vom tatsächlichen her ist im übrigen die Anmerkung geboten, daß die von Baumann und Arzt angeführte Konstellation, in der der Sperrer als gutgläubiges Werkzeug des Verrufenden "die Boykottsituation nicht durchschaut", kaum je auftreten wird.

Hält man es somit überhaupt für möglich, daß der Verrufer mit seiner Verrufserklärung sich als Täter des § 240 StGB

1) Schönke/Schröder/Cramer § 25 Rn. 7.

strafbar macht, bietet jedenfalls die Figur der mittelbaren Täterschaft dafür keine tragfähige Basis.

- Mittäterschaft ?

Ähnliche Bedenken erheben sich auch gegen die von Baumann und Arzt für den Regelfall behauptete Mittäterschaft von Verrufer und Sperrer, indem der Sperrer sich über die Boykottsituation im klaren ist.¹⁾

Eine der selbstverständlichen Voraussetzungen des Instituts der Mittäterschaft besteht darin, daß im Grundsatz jeder der Mittäter - "arbeitsteilig" - jeden der einzelnen Tatbeiträge übernehmen könnte. Dem Boykott ist jedoch eine spezifische "Arbeitsteiligkeit" zwischen Verrufer und Sperrer vorgegeben. Der Sperrer wird immer nur auf Aufforderung des Verrufers hin tätig, während der umgekehrte Weg der Veranlassung zur "gemeinschaftlichen" Tat begrifflich ausgeschlossen ist. Im Gegensatz zur gemeinschaftlichen Boykottaufforderung ist deshalb der einfache Boykott durch Verrufer und Sperrer nicht als mittäter-schaftliche Tatbegehung faßbar. Wenn Baumann und Arzt²⁾ ausführen, "das Strafrecht (habe) keinen Anlaß und keine konstruktive Möglichkeit nur den Verrufenden als Täter zu betrachten", kann dem deshalb nicht zugestimmt werden. Gerade die Täterschaft des Verrufers entfällt vielmehr regelmäßig. Anderes ist nur möglich, wenn sich das Verhalten des Sperrers nicht auf die bloße Vornahme der Sperre beschränkt.³⁾

1) Baumann/Arzt, ZHR Bd. 134 (1970), 49 f.

2) Baumann/Arzt, ZHR Bd. 134 (1970), 50 f.

3) Vgl. S. 230 ff.

- "Einfache" Täterschaft ?

Da vom Gesetz und vom Strafgrund der Teilnahme her der Weg zu einer Erfassung des Unrechtes der Boykottaufforderung mittels Anstiftungskonstruktionen verschlossen bleibt und auch über die Figuren der mittelbaren Täterschaft und der Mittäterschaft keine brauchbaren Ergebnisse erreicht werden können, verbliebe am Ende nur noch der Weg, bei der strafrechtlichen Beurteilung der Verurteilungserklärung das Verhalten des Sperrers gänzlich außer acht zu lassen und die Untersuchung auf das Verhältnis von Verrufer und Gesperrtem zu beschränken.

Läßt man aber den Umstand, daß die Sperre tatsächlich vollzogen wird, außer Betracht, bleibt für das Merkmal der Anwendung von "Gewalt" von vornherein kein Raum mehr. Der Gesichtspunkt der Herbeiführung möglicher Gewaltwirkungen darf dann nämlich nicht berücksichtigt werden, da diese durch den Sperrer vermittelt werden.

Das Merkmal der "Drohung mit einem empfindlichen Übel" kann dagegen nicht mit solcher Evidenz abgelehnt werden. So liegt im Beispielsfalle darin, daß A den B von seiner Boykottaufforderung erfahren läßt, eine "Drohung". Zwar kann nur mit einem zukünftigen Übel gedroht werden.¹⁾ Im vorliegenden Falle bringt A aber zugleich auch zum Ausdruck, daß er die einschlägige Beeinflussung des M in Zukunft fortsetzen werde.

Dies bedeutet, daß mit einer Boykottaufforderung - sofern sie auch dem Gesperrten mitgeteilt wird - ein zukünftiges

1) Vgl. Lackner § 240 Anm. 4; BGHSt 7, 197 (f.).

empfindliches Übel angedroht werden kann. Nur muß beachtet werden, daß das Verhalten des A nur insofern eine Drohung beinhaltet, als er mit einem zukünftigen Boykottaufruf oder der Aufrechterhaltung des gegenwärtigen droht. Die bereits abgegebene und noch gegenwärtig wirkende Boykottaufforderung als solche enthält dagegen keine Drohung. Mit anderen Worten: Der Verrufer droht in solchen Fällen nur unter Hinweis auf seine Boykottaufforderung. Dieser selbst dagegen wohnt das Element der Drohung nicht inne.

bb) Der tatbestandliche Nötigungserfolg

Unabhängig davon, ob der Verrufer oder/und der Sperrer als Täter der Nötigung angesehen werden sollen, ergeben sich erhebliche Probleme bei der Umschreibung der Handlung, Duldung oder Unterlassung, zu der der Boykottierte genötigt wird oder (im Falle des Versuchs des § 240 StGB) genötigt werden soll.

Grundsätzlich lassen sich zwei Verhaltensbereiche beim Gesperrten unterscheiden, an die tatbestandlich angeknüpft werden kann:

Zum einen könnte man die abgenötigte Handlung, Duldung oder Unterlassung gerade darin erblicken, daß der Gesperrte mit dem Sperrer z.B. keinen Vertrag schließt, den Abbruch von Geschäftsbeziehungen hinnimmt oder aber (im Extremfall) seine Geschäftstätigkeit gänzlich aufgibt.

Zum anderen könnte als abgenötigte Handlung, Duldung oder Unterlassung dasjenige Verhalten in Betracht kommen, das gerade nicht in der Sperre selbst liegt, sondern zu welchem der Gesperrte mittels der Sperre erst bewegt wird oder bewegt werden soll.

Im ersteren Fall, in welchem das abgenötigte Verhalten z.B. im Nichtabschluß eines Vertrages selbst liegt, stellt sich das Problem einer Trennung von Nötigungsmittel und Nötigungserfolg.

Unbestrittenermaßen inkriminiert der Nötigungstatbestand

nämlich nicht die zweckfreie Zufügung eines Übels, sondern erfaßt er nur die zweckgerichtete Willensbeeinträchtigung.¹⁾ Die begriffliche Unterscheidung von Zweck und Mittel der Nötigung setzt aber als selbstverständlich voraus, daß der Nötigungstatbestand überhaupt zwischen²⁾ nötigendem Verhalten und Nötigungserfolg unterscheidet.

In dem Fall, in dem B auf Aufforderung durch A mit C einen Kaufvertrag nicht abschließt, den er andernfalls ab-

1) Vgl. nur Dreher-Tröndle § 240 Anm. 1; Maurach-Schroeder, BT, Teilb. 1, S. 123 f.

Zu dieser Problematik bei der wirtschaftlichen Nötigung schon Tiedemann, Wettbewerb und Strafrecht S. 20.

2) Im einzelnen verbleiben dabei zahlreiche offene Fragen, die hier nicht vertieft werden können. Bemerkenswert ist im vorliegenden Zusammenhang aber die Feststellung von Arzt, Zum Zweck und Mittel der Nötigung (Welzel-Festschrift 1974), S. 823, 826, daß die Diskussion weitgehend auf die Verwerflichkeit der Zweck-Mittel-Relation fixiert ist, ohne daß die davorliegende Frage des für die Relation maßgeblichen Zwecks bzw. Mittels geklärt wäre.

Für die Auslegung des § 240 Abs. 1 StGB kommt es darauf aber an. Vertritt man nämlich mit einer verbreiteten Meinung eine sogenannte enge Zweck-Mittel-Relation (vgl. z.B. Schäfer, in: LK § 240 Rn. 62; Arzt, a.a.O. S. 828 ff.; und auch BGHSt 5, 245, 246: "Nur das Verhalten, zu dem genötigt werden soll"), bildet den Zweck lediglich der konkrete Nötigungserfolg.

Wenn somit aber der Zweck mit "dem in § 240 Abs. 1 genannten Handeln, Dulden oder Unterlassen" gleichgesetzt werden kann (so Schäfer, in: LK § 240 Rn. 62), muß vor einer Prüfung des Abs. 2 bereits im Rahmen einer Prüfung des Abs. 1 dieser Zweck konkretisiert werden.

Definiert man dagegen den Zweck i.S.d. § 240 Abs. 2 weit als "subjektive Zielsetzung des Täters" (BGHSt 17, 332; 18, 392; Schönte/Schröder/Eser § 240 Rn. 24; Hansen, S. 100), also als eine neben dem Vorsatz im Sinn des § 240 Abs. 1 zu berücksichtigende überschießende Innentendenz, erübrigt sich eine Konkretisierung des Zwecks bereits im Rahmen einer Prüfung des Abs. 1. Aber natür-

geschlossen hätte, ist es nun aber fraglich, ob der Nichtabschluß des Vertrages durch C als vorstellbarer Nötigungserfolg begrifflich vom Nötigungsmittel (das wäre seinerseits gleichzeitig der durch A veranlaßte Nichtabschluß seitens des B) überhaupt geschieden werden kann.

Sinnvollerweise wird man hier den Nichtabschluß eines Vertrages durch die Parteien B und C als eine untrennbare Einheit ansehen müssen, die systematisch als Nötigungsmittel (Gewalt oder Drohung mit einem empfindlichen Übel) eingeordnet werden muß, die aber nicht ihrerseits bereits schon als Nötigungserfolg qualifizierbar ist.

Der Wortlaut des § 240 StGB, der von einer Nötigung zu einer "Handlung, Duldung oder Unterlassung" spricht, gibt dieser Überlegung allerdings keine zusätzliche Stütze.

Zwar deutet der Wortsinn dieser drei Verhaltensumschreibungen auf ein willensgetragenes, wenn auch dem freien Willen widersprechendes Verhalten des Genötigten hin. Es ist aber allgemein anerkannt, daß eine Handlung des Genötigten im Rechtssinne nicht erforderlich ist.¹⁾ Maurach²⁾

lich stellt sich dann erst recht die Vorfrage, worin das vom Zweck zu unterscheidende abgenötigte Verhalten nach Abs. 1 besteht.

- 1) Schönke/Schröder/Eser § 240 Rn. 12; Lackner § 240 Anm.2; für eine Anwendung des § 240 auch auf Fälle der vis absoluta bereits RGSt 4, 429. Differenzierend wohl nur Simon/Geerds, Straftaten gegen die Person und Sittlichkeitsdelikte in rechtsvergleichender Sicht (1969), S.259.
- 2) Maurach, Strafrecht BT (5. Aufl. 1965), S. 116 f.

hat hervorgehoben, daß sonst gerade für die schwersten Fälle der Nötigung § 240 eine Lücke enthielte.

Aber auch wenn man als abgenötigtes Verhalten somit jedes - nicht notwendigerweise willensgetragene - Verhalten des Opfers versteht, ist doch zu fordern, daß das abgenötigte Verhalten sich nicht im Nötigungsmittel erschöpft, sondern ein Drittes kennzeichnet.¹⁾ Während im Falle der Anwendung von vis absoluta mit dieser bewirkt wird, was statt dessen auch durch die Anwendung von vis compulsiva herbeigeführt werden könnte, wäre die Überlegung widersinnig, daß der Vertragspartner, der einen Vertrag nicht abschließen will, eben nicht einfach auf den Abschluß verzichten sondern statt dessen auf seinen Partner einwirken würde, seinerseits das Geschäft nicht abzuschließen.

-
- 1) Das verdeutlicht ein Vergleich mit dem Beispielsfall, den Arzt, in: Welzel-Festschrift (1974), S. 830, zur Illustration des Unterschiedes zwischen enger und weiter Zweck-Mittel-Relation anführt: Ein schneller Pkw-Fahrer verdrängt den langsameren durch dichtes Auffahren von der Überholspur der Autobahn. Nach der engen Relation soll dabei die Verdrängung von der Überholspur das Mittel, die Zielsetzung des Täters der Zweck sein. Bei der engen Relation seien Zweck und Nötigungserfolg identisch: nämlich der Spurwechsel. Aber auch nach der engen Relation läßt sich das dichte Auffahren (Mittel) klar vom Erfolg (Spurwechsel) differenzieren. (Wenn Arzt an anderer Stelle, a.a.O. S. 834, ausführt, das Nötigungsmittel sei vom Nötigungserfolg nicht lösbar, so soll dies nur bedeuten, daß sich die Schwere der Rechtsgutsverletzung sowohl im konkreten Nötigungsmittel als auch im konkreten Nötigungserfolg ausdrückt sich der Nötigungserfolg durch das Nötigungsmittel gewissermaßen quantifiziert.)

Bereits der zweiten Fallgruppe unterfällt jene Fallkonstellation, in der die Sperre (oder wohl häufiger: eine Vielzahl von Sperren) zur gänzlichen Geschäftsaufgabe durch den Gesperrten führt.

Das Nötigungsmittel, nämlich der Nichtabschluß eines oder mehrerer Verträge, und der Nötigungserfolg, nämlich die Geschäftsaufgabe, lassen sich hier auch dann leicht unterscheiden, wenn die Geschäftsaufgabe die zwangsläufige Folge umfassender Sperrmaßnahmen darstellt. Sogar eine - wenn auch resignierende - Willensbetätigung wird sich immer feststellen lassen.

Gibt die Fallgruppe, in der der Nötigungserfolg außerhalb der Sperre selbst liegt, somit unter dem Gesichtspunkt der Trennung von Nötigungsmittel und Nötigungserfolg keine Probleme auf, zeigt sich am folgenden Beispiel eine andere Schwierigkeit:

Wird ein Händler boykottiert, der eine eigenwillige Preisgestaltung betreibt, bis er seine Preise an die der anderen anpaßt, so stellt die Sperre das Nötigungsmittel und die Änderung der Preispolitik den Nötigungserfolg dar.

Nun ist zwar die Beeinträchtigung der Willensfreiheit, die darin besteht, daß der Außenseiter genötigt wird, seine Preispolitik zu ändern, vom Schutzbereich des Nötigungstatbestandes erfaßt. Das Schutzgut des Boykottverbotes wird dagegen in diesem Falle nur am Rande berührt. Der Nötigungstatbestand ist hier nämlich deshalb erfüllt, weil in der Sperre gleichzeitig die konkludente Drohung

liegt, den Boykott als empfindliches Übel fortzusetzen.¹⁾
 Dagegen ist der Nötigungstatbestand nicht schon deshalb erfüllt, weil erfolgreich zur Liefer- oder Bezugssperre aufgefordert wurde. Der Boykott dient hier lediglich als ein durch andere Drohungen austauschbares Mittel der Drohung.

Unter dem Gesichtspunkt, welches Verhalten das abgenötigte Verhalten im Sinne des Nötigungstatbestandes darstellt, ergibt sich somit, daß die durch die vollzogene Sperre bewirkte Beeinträchtigung der wettbewerblichen Dispositionsfreiheit zwar gleichzeitig als Zwangsmittel einer außerhalb des Boykotts liegenden "allgemeinen" Nötigung dienen kann. Jedoch stellt die durch eine erfolgreiche Boykottaufforderung verursachte Beeinträchtigung der wettbewerblichen Dispositionsfreiheit als solche noch keinen tatbestandlichen Nötigungserfolg im Sinne des § 240 StGB dar.

1) Dazu, daß jedoch keineswegs regelmäßig aus der Vor-
 nahme einer Sperre auf eine mit dieser bezweckte
 Drohung geschlossen werden kann, vgl. BGHSt 20, 333,
 341.

cc) Die Anwendung von Gewalt

Von größerer praktischer Bedeutung sind die Probleme, die sich bei der Bestimmung des dem Boykottierten gegenüber eingesetzten Nötigungsmittel ergeben.

§ 240 StGB inkriminiert nur diejenige Nötigung, die "mit Gewalt oder durch Drohung mit einem empfindlichen Übel" erfolgt. Die Aufzählung dieser Nötigungsmittel ist abschließend.¹⁾ Das Merkmal der "Gewalt" scheint auf Anheb vom reinen Wortsinn her nicht für die Veranlassung einer Sperre einschlägig zu sein. Für den Teil des Tatbeitrages des Verrufers, der in der bloßen Aufforderung zur Sperre liegt, trifft dies zweifelsfrei zu.

Hinsichtlich des dem Verrufer möglicherweise ebenfalls zuzurechnenden Erfolgs, nämlich der Sperre selbst, ergeben sich aber Einschränkungen.

Es ist nämlich zu erwägen, ob nicht eine Berücksichtigung der Zwangswirkungen von Boykottmaßnahmen eine Subsumtion unter das Gewaltmerkmal nahelegt. Dies befände sich im Einklang einer Entwicklungstendenz des strafrechtlichen Gewaltbegriffs, die sich durch eine "zunehmende Ausweitung zu einem Sammelbecken für alle Zwangsformen außerhalb der Drohungsalternative" auszeichnet.²⁾

1) Schönke/Schröder/Eser § 240 Rn. 3; Schäfer, in: LK § 240 Rn. 50.

2) Wessels, Strafrecht, BT 1 (3. Aufl. 1978), S. 41 f. m. weit. Nachw. Vgl. ferner Schäfer, in: LK § 240 Rn. 5 ff.; Schönke/Schröder/Eser §§ 234 ff. Vorbem. 6 ff., 8.

Die Rechtsprechung des Reichsgerichts ¹⁾ definierte Gewalt noch als die "Anwendung körperlicher Kraft zur Überwindung eines geleisteten oder erwarteten Widerstands". Bereits das Reichsgericht verlagerte aber den entscheidenden Gesichtspunkt von der Entfaltung körperlicher Kraft durch den Täter auf die körperliche Zwangswirkung beim Opfer. ²⁾

Der Bundesgerichtshof ging schon im ersten Band seiner Entscheidungen konsequent einen Schritt weiter, wobei sich das Gericht auch auf die Literatur berufen konnte. ³⁾ Es verzichtete auf jegliche Kraftentfaltung und stellte ausschließlich auf die Herbeiführung von Zwangswirkungen beim Opfer ab. ⁴⁾ Ihren Höhepunkt erreichte diese Tendenz der höchstrichterlichen Rechtsprechung in der Entscheidung zum sog. Kölner Straßenbahnfall ⁵⁾, in der der Bundesgerichtshof den rein psychisch vermittelten Zwang dem körperlich wirkenden Zwang gleichstellte, sowie in einer Entscheidung, in der das Gericht auch massive Drohungen, die nicht nur als "seelischer, sondern auch (als) körperlicher Zwang empfunden" würden ⁶⁾, unter den Gewaltbegriff

1) Vgl. z.B. RGSt 2, 184, 186; 56, 87, 88; 60, 157, 158; 64, 113, 115.

2) Vgl. RGSt 60, 157, 158.

3) Vgl. BGHSt 1, 145, 148.

4) Vgl. BGHSt 23, 126, 127.

5) Vgl. BGHSt 23, 46, 54.

6) Vgl. BGHSt 23, 126, 127.

subsumierte. Die letzte Äußerung gewinnt im übrigen noch dadurch an Bedeutung, daß sich der Bundesgerichtshof schon in seiner Entscheidung zum Kölner Straßenbahnfall nicht durch das Vorhandensein des anderen Nötigungsmittels der "Drohung mit einem empfindlichen Übel" veranlaßt sah, der Auslegung des Merkmals "Gewalt" Grenzen zu setzen. Das Gericht hielt vielmehr das Zusammentreffen beider Begehungsformen für möglich.¹⁾

Eine umfassende Auseinandersetzung mit dieser Rechtsprechung und den Stellungnahmen in der Literatur²⁾ verbietet sich an dieser Stelle. Es bedürfen aber im vorliegenden Zusammenhang diejenigen literarischen Äußerungen der Erörterung, die das Gewaltmerkmal auch für solche Fälle bejahen, in denen das Nötigungsmittel weder Drohung noch Gewalt im Sinne physisch wirkenden Zwangs darstellt. Die Bedeutung dieser Frage für die Beurteilung einer (vollzogenen) Sperre verdeutlicht folgende Fallkonstellation:

Der Hersteller A stellt die Belieferung des Händlers B

1) Vgl. BGHSt 23, 46, 54. Dieser Fall darf aber nicht mit der Konstellation verwechselt werden, in der mit der Anwendung zugleich die schlüssige Drohung einhergeht, man werde die Gewaltanwendung fortsetzen.

2) Aus dem überreichen Schrifttum seien beispielsweise als zustimmend erwähnt:

Knodel, Der Begriff der Gewalt im Strafrecht (1962); Schäfer, in: LK § 240 Rn. 22 ff.; Maurach-Schroeder, BT, Teilb. 1, S. 124 ff.; Schönke/Schröder/Eser §§ 234 ff. Vorbem. 6 ff.

Gegenüber der Ausdehnung des Gewaltbegriffs kritisch vor allem Blei, JA 1970, 19 ff.; Geilen, Der Tatbestand der Parlamentsnötigung (1957), S. 100 ff.; ders. in: Hellmuth Mayer-Festschrift (1966), S. 445 ff.; ders., JZ 1970, 521, 525 ff.; Jakobs, in: Peters-Festschrift (1974), S. 77; Koffka, JR 1964, 39; Müller-Dietz, GA 1974, 33, 47 ff.

mit seinen Produkten ein, weil Konkurrenten des B darüber Klage geführt haben, daß B die Produkte zu billig verkaufe und für den Fall der Weiterbelieferung des B ihrerseits den Abbruch der Geschäftsbeziehungen mit A androht haben. A stellt daraufhin die Belieferung des B endgültig ein.¹⁾

Da eine Fortsetzung oder Wiederholung der Zufügung des Übels nicht in Frage steht und deshalb eine Drohung ausscheidet, kommt es darauf an, ob die gegenwärtige Zufügung eines Übels in Gestalt der Liefersperrre Gewalt i.S. d. § 240 StGB darstellt.

Diese Frage ist für den Fall der Liefersperrre - soweit ersichtlich - durch Rechtsprechung und Literatur bislang noch nicht vertieft worden.²⁾ Die Notwendigkeit zur Schließung einer angeblich vorhandenen Regelungslücke

1) Vgl. nur den Krawatten-Fall (S. 63 ff.) sowie die nachfolgenden Fälle.

2) Immerhin weist Arzt, BT LH 1, S. 18, auf die hier vorhandene "Lücke" hin. Vgl. auch Tiedemann, Wettbewerb und Strafrecht S. 28 sowie v. Heintschel-Heinegg, Die Gewalt als Nötigungsmittel im Strafrecht (iur. Diss. Regensburg 1975), S. 130. Dazu, daß nach allgemeiner Auffassung Gewalt grundsätzlich auch durch Unterlassen ausgeübt werden kann, vgl. Schäfer, in: LK § 240 Rn. 42 f.; Schönke/Schröder/Eser §§234 ff. Vorbem. 15; Herzberg, Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip (1972), S. 152 m. weit. Nachw. Zur Bedeutung der Grenzen des strafrechtlichen Gewaltbegriffs für die entsprechende Problematik beim Streik aus dem neueren Schrifttum insbesondere Däubler, Strafbarkeit von Arbeitskämpfen? in: Baumann/Dähn (Hrsg.), Studien zum Wirtschaftsstrafrecht (1972), S. 91, 94 ff. Vgl. zu "Streik und Strafrecht" auch schon Niese, Streik und Strafrecht (1954); Schröder, BB 1953, 1015 ff.

wurde aber anhand mehrerer Beispielsfälle aus anderen Bereichen postuliert:

So zitiert Eser¹⁾ das Beispiel, daß Bauern den Brunnen eines neuen Mitbürgers vergiften, um ihn zum Verlassen des Dorfes zu zwingen. Weiter verweist er auf den Sachverhalt, in dem der Täter den Lieblingshund eines anderen vergiftet, weil er davon ausgeht, daß die Sorge um das Tier diesen von einer geplanten Reise abhalten werde.

Im ersten Fall sei eine Gewaltanwendung unzweifelhaft gegeben, wenn es sich um eine fortdauernde physische Wirkung handele. Aber auch im zweiten Falle, in dem nur von einer psychischen Einwirkung die Rede sein kann, sei "nicht einzusehen, warum eine psychische Wirkung des Übels bei der Drohung genügen sollte, nicht aber bei einer bereits geschaffenen ÜBELSITUATION und damit eine Lücke zwischen Gewalt und Drohung vorhanden sein würde."²⁾

Nach Knodel³⁾ soll ein Erst-recht-Schluß dieses Ergebnis

1) Schönke/Schröder/Eser §§ 234 ff. Vorbem. 12. Vgl. dazu aber die andere Auffassung von RG JW 1930, 3403.

2) Schönke/Schröder/Eser §§ 234 ff. Vorbem. 12.

3) Knodel, Der Begriff der Gewalt im Strafrecht (1962), S. 54. Knodel schlägt deshalb folgende Definition von Gewalt vor (a.a.O., S. 59):

"Gewalt ist jedes Vorgehen, das bestimmt und geeignet ist, einen tatsächlich geleisteten oder als bevorstehend erwarteten Widerstand des zu Nötigenden dadurch zu überwinden, daß ihm ohne sein Einverständnis die Willensbildung oder Willensbetätigung unmöglich gemacht wird (vis absoluta), oder daß ihm durch gegen-

fordern: Wenn schon das "bloße Inaussichtstellen künftiger empfindlicher Übel" eine strafbare Nötigung (in Form der Drohungsalternative) darstelle, müsse "erst recht die gegenwärtige Zufügung solcher Übel zum selben Zweck" strafbare Nötigung sein.

Auch soweit hier nur ein Einzelaspekt der "Auflösung des strafrechtlichen Gewaltbegriffs" anhand der vorerwähnten Beispiele näher erläutert wurde, verbietet die thematische Beschränkung dieses Beitrages gleichwohl eine umfassende Diskussion. Immerhin kann festgehalten werden, daß die Grenzen des allgemeinen Sprachgebrauchs jedenfalls wohl dann überschritten sind, wenn der in Frage stehende psychisch wirkende Zwang noch nicht einmal "unmittelbar auf die Sinne des Vergewaltigten einwirkt", ihn nicht etwa in einen "Zustand starker seelischer Erregung" versetzt und dadurch "sein ganzes körperliches Befinden und damit auch die körperlichen Voraussetzungen der Freiheit der Willensentschließung" beeinflusst.¹⁾

wärtige Zufügung empfindlicher Übel die Freiheit der Willensentschließung genommen wird (vis compulsiva)".

Ähnlich auch Herzberg, Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip (1972), S. 152:

"Gewalt ist jedes Verursachen einer Zwangslage für einen anderen, in der dieser entweder - vis absoluta - bestimmte Handlungen nicht vornehmen kann (Einsperrung oder - vis compulsiva - eine bestimmte Handlung vornehmen muß, um den Nachteilen eines gegenwärtigen empfindlichen Übels zu entgehen (Verscheuchen durch Schreckschüsse)".

1) Vgl. BGHSt 23, 126, 127.

Verzichtet man sogar noch darauf, auf die psychosomatischen Nebenwirkungen einer Drohung wie Zittern, starke Furcht etc. abzustellen ¹⁾, liegt eine Analogie in malam partem und damit ein Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 Grundgesetz vor. Sofern wirklich echte Strafbarkeitslücken verbleiben sollten, ist mit Geilen ²⁾ darauf hinzuweisen, daß zu deren Schließung nur der Gesetzgeber berufen ist.

Die Frage, in welchen Fällen die Grenzen des strafrechtlichen Analogieverbotes im einzelnen überschritten sind, braucht hier aber nicht vertieft zu werden. Selbst wenn man nämlich die Entscheidungen des Bundesgerichtshofes für richtig erachtet und weiterhin für die von Eser erwähnten Beispielsfälle das Gewaltmerkmal bejaht, würden die dort verwandten Argumente nicht ausreichen, in dem hier interessierenden Fall der (vollzogenen) Liefersperre dasselbe Ergebnis zu begründen:

Sowohl den von der Rechtsprechung entschiedenen Sachverhalten als auch den in der Literatur erwähnten Fallkonstellationen ist nämlich gemeinsam, daß zum Beleg für das Vorhandensein von "Gewalt" an Erscheinungen in der physisch-realen Umwelt angeknüpft wird, die sich durch

1) Was Jakobs, in: Peters-Festschrift (1974), S. 77, als "geradezu groteske Amateurphysiologie" bezeichnet.

2) Vgl. Geilen, JZ 1970, 521, 529.

eine gewisse Massivität auszeichnen.

Dies macht der Bundesgerichtshof deutlich, wenn er in den Fällen der Drohung mittels einer vorgehaltenen Schußwaffe darauf abstellt, es handele sich insoweit um "eine gewisse - nicht notwendig erhebliche - körperliche Kraftanwendung darstellende Handlungen, die von der Person, gegen die sie unmittelbar oder auch nur mittelbar gerichtet sind, als ein nicht nur seelischer, sondern auch körperlicher Zwang empfunden werden".¹⁾

Aber auch im Kölner Straßenbahnfall konnte sich das Gericht darauf berufen, daß die sitzstreikenden Studenten immerhin mit "geringem körperlichen Kraftaufwand einen psychisch determinierten Prozeß in Lauf" setzten²⁾, wenn das Gericht auch letztlich darauf abstellte, "welches Gewicht der von ihnen ausgeübten psychischen Einwirkung zukam".

Ebenso sind schließlich die Beispielsfälle in der Literatur dadurch gekennzeichnet, daß physisch-reale Ursachen gesetzt oder physisch-reale Wirkungen herbeigeführt werden, sei es, daß eine Bildersammlung zerstört wird, oder daß ein Hund oder ein Brunnen vergiftet werden o.ä.

Hingegen entbehrt die Liefersperre vollkommen des Kriteriums der Körperlichkeit der Zwangswirkung. Dem von einer Liefersperre Betroffenen wird zwar auch "der Weg

1) BGHSt 23, 126, 127.

2) BGHSt 23, 46, 54.

versperrt", Verträge abzuschließen etc.; Gewaltanwendung liegt aber selbst bei weitester Auslegung dieses Begriffs nicht vor.¹⁾

Immerhin verbleibt eine - wieder höchst theoretische - Konstellation, in der eine Liefersperre ausnahmsweise Gewaltwirkungen zeitigen könnte: stellen im Winter alle Brennstoffgroßhändler in einem bestimmten Gebiet auf die Aufforderung des Kaufhauses A die Belieferung des Kaufhauses B mit Heizmaterial ein, so daß dessen Personal wegen der Kälte seinen Dienst nicht mehr verrichten kann, liegt darin die Verursachung einer körperlichen Zwangswirkung.

dd) Die Drohung mit einem empfindlichen Übel

Auch das Merkmal der "Drohung mit einem empfindlichen Übel" erfüllt der Verrufer bei der erfolgreichen Boykottaufforderung allenfalls in eher theoretischen Ausnahmefällen. Da nur mit einem zukünftigen Übel gedroht

1) Selbst die - extensive - Auslegung, welche die Rechtsprechung zu § 80 Abs. 1 Nr. 1 StGB (a.F.) dem Gewaltmerkmal im Hinblick auf "Streiks bis hin zum Massen- und Generalstreik" widerfahren ließ, verlangte immerhin eine "Lähmung des gesamten öffentlichen und wirtschaftlichen Lebens", die Herausbildung "chaotischer Zustände" sowie "Unruhe, Angst und Empörung" in der Bevölkerung, somit die Gefahr "noch schwerere(r) Leiden und Schädigungen", so "daß sich die Regierung und Volksvertretung nicht mehr als Herr der Lage" fühlten; vgl. BGHSt 8, 102 ff.
Vgl. dazu auch Däubler, Strafbarkeit von Arbeitskämpfen? in: Baumann/Dähn (Hrsg.), Studien zum Wirtschaftsstrafrecht (1972), S. 91, 92 ff. m. zahlr. weit. Schrifttumsnachweisen.

werden kann¹⁾, liegt eine Drohung nur dann vor, wenn die Veranlassung der Sperre mit der – gegebenenfalls konkludenten – Ankündigung verbunden ist, man werde diese bis zur Beugung des Willens des Gesperrten aufrechterhalten. Hierfür bedarf es aber konkreter Anhaltspunkte: Die überwältigende Mehrheit aller Boykottmaßnahmen erfolgt ohnehin nicht zweckfrei oder als bloße Repressalie. Die verfolgten Zwecke sind den Beteiligten auch regelmäßig bewußt. Gerade aus diesem Grunde reicht die bloße Veranlassung einer Sperre allein nicht aus, um das für die Erfüllung des Nötigungstatbestandes erforderliche gleichzeitige Vorliegen einer Drohung zu postulieren.

1) Vgl. nur Schäfer, in: LK § 240 Rn. 45 mit weit. Nachw.; Schönke/Schröder/Eser § 240 Rn. 9.

b) Die erfolglose Boykottaufforderung

Auch mit einer erfolglosen Boykottaufforderung kann der Verrufer gegenüber dem Verrufenen gegebenenfalls den Nötigungstatbestand erfüllen.

Hier scheidet zwar mangels Sperre jedwede denkbare Gewaltwirkung aus, es verbleibt aber unter Umständen Raum für die Tatbestandsalternative der Drohung mit einem empfindlichen Übel. Diese ist dann verwirklicht, wenn der Verrufer in Verbindung mit der Boykottaufforderung gleichzeitig dem Verrufenen gegenüber zum Ausdruck bringt, er werde mit seinen Verrufsaktivitäten (die selbst schon als empfindliches Übel zu qualifizieren sind) fortfahren und so eine Sperre (ebenfalls ein empfindliches Übel) herbeiführen. Erfolgt dieses Verhalten zum Zwecke der Willensbeugung beim potentiell Gesperrten, ist der Nötigungstatbestand insoweit einschlägig.

Problematisch ist allerdings die Abgrenzung, wann ein bewußtes zweckgerichtetes Inkennntnissetzen oder nur ein bloßes Davonerfahren durch den Verrufenen vorliegt.¹⁾

Wenn der Verrufer den Verrufenen über die Boykottaufforderung gesondert informiert – wohl höchst selten –, ließ sich das erstere leicht begründen. Im Falle der öffentlichen Boykottaufforderung ist diese Unterscheidung aber kaum vollziehbar. Jedenfalls würde dann wohl der Nachweis eines diesbezüglichen Vorsatzes scheitern.

1) Vgl. dazu schon S. 225 f.

c) Die Androhung eines Boykottaufrufs

Die Androhung eines Boykottaufrufs durch den Verrufer wird vom Regelungsbereich des § 26 Abs. 1 GWB nicht umfaßt. Ihr enger sachlicher Zusammenhang mit der Boykottaufforderung, als deren Vorstufe sie häufig eingesetzt wird, sowie der Umstand, daß die zu Nötigungszwecken erfolgte Androhung einer Boykottaufforderung im "Erfolgsfalle" ebenfalls die wirtschaftliche Dispositionsfreiheit beeinträchtigt, veranlassen hier jedoch zu einer Erörterung der diesbezüglichen Anwendungsmöglichkeiten des Nötigungstatbestandes. Dies liegt um so näher, als ein entsprechendes Verhalten des Verrufers den Ordnungswidrigkeitstatbestand des § 25 Abs. 2 i.V.m. § 38 Abs. 1 Nr. 8 GWB erfüllen kann. Auch die Boykottaufforderung als solche muß nämlich auf Grund ihres Gefährdungsgehalts schon als "Nachteil" i.S.d. § 25 Abs. 2 erachtet werden, der angedroht wird.

Zwar treten die Fälle der Androhung eines Boykottaufrufs in den einschlägigen Statistiken zahlenmäßig nicht in Erscheinung, da sie praktisch nie das Stadium eines förmlichen Verfahrens erreichen. Bereits die aufmerksame Lektüre der Tagespresse lehrt aber, daß die - häufig als solche gar nicht erkannte - Androhung eines Boykottaufrufs häufiger vorkommt, als gemeinhin angenommen. Wenn beispielsweise im Fotohaus-Fall ¹⁾ zu erfahren war, der deutsche Fotofachhandel habe sein "Veto" gegen den Vertrieb einer preisgünstigen Sofortbild-

1) Vgl. S. 54 ff.

kamera durch der "Welt größtes Fotohaus" eingelegt, stellt die Schilderung dieses und anderer vergleichbarer Vorkommnisse nur eine Umschreibung dafür dar, daß mit wettbewerbswidrigen Boykottmaßnahmen gedroht wurde.

Im Gegensatz zu den damit angedeuteten tatsächlichen Schwierigkeiten bei der Aufklärung der Sachverhalte stellen sich aus dogmatischer Sicht einer Anwendung des Nötigungstatbestandes keine besonderen Hemmnisse in den Weg:

Bei der Androhung eines Boykottaufrufs droht der Verurfer mit einem positiven Tun. Somit erhebt sich hier nicht die Problematik der Drohung mit einem Unterlassen.

Weiterhin stellt deshalb die angedrohte Boykottaufforderung auch unzweifelhaft ein "empfindliches Übel" dar - im Gegensatz zu der problematischen Konstellation, in welcher der Sperrer selbst eine Sperre - also ein Unterlassen androht.

2) Nötigung des Gesperrten durch den Sperrer

a) Die Durchführung einer Sperre

Oben wurde dargelegt ¹⁾, daß diejenigen Erklärungsversuche dogmatisch verfehlt sind, nach denen sich das Verhältnis von Boykottaufruf und Sperre als dasjenige von Anstiftung und Haupttat darstellt. Wenn in diesem Zusammenhang festgestellt wurde, daß nach einer Gesamtbewertung des wettbewerblichen Unwertes dessen Schwerpunkt in der Aufforderung selbst liegt, während der Sperre nur geringere Bedeutung zukommt, wurde dabei gleichwohl nicht ausgeschlossen, daß sich der Sperrer wegen einer täterschaftlich begangenen Nötigung nach § 240 StGB strafbar machen könne:

§ 240 StGB greift von vornherein nur in denjenigen Fällen nicht ein, in denen kein eigenständiger Nötigungserfolg vorliegt.

Läßt sich hingegen ein Nötigungserfolg feststellen, bereitet regelmäßig auch die Definition des im konkreten Fall verfolgten Nötigungszweckes keine weiteren Schwierigkeiten. Die Anwendung des § 240 StGB verbietet sich nur dann, wenn der Sperrer keinen irgendwie gearteten Nötigungserfolg anstrebt. Dagegen spielt es keine Rolle, ob er mit dem Einsatz des Nötigungsmittels eigene Bestrebungen verfolgt oder aber (fremden) Zwecken des Verrufers dienen will.

1) Vgl. S. 198 ff.

b) Die Androhung einer Sperre durch den Sperrer

Die Erörterung des Problems, ob und in welchen Fällen die Androhung einer Sperre durch den Sperrer den Nötigungstatbestand erfüllt, kann – im Gegensatz zu den bisher erörterten Fragen – an ein vergleichsweise umfangreiches strafrechtsdogmatisches Schrifttum anknüpfen. Es stellt sich nämlich in diesem Zusammenhang vorab die grundsätzliche Frage: Nötigung durch Drohung mit einer Unterlassung? Hierbei handelt es sich um eines der "umstrittensten Detailprobleme des § 240 StGB".¹⁾

aa) Der Meinungsstand in Rechtsprechung und Literatur

Die Rechtsprechung²⁾ und die wohl herrschende Meinung im Schrifttum³⁾ stehen im Anschluß an die Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Standpunkt, daß eine Drohung mit einem Unterlassen nur dann eine Drohung i. S.d. § 240 Abs. 1 StGB darstellt, wenn den Täter eine Pflicht zum Handeln trifft.

Diese Auffassung wird im übrigen von Teilen des Schrift-

1) Arzt, BT, LH 1, S. 193.

2) Vgl. RGSt 14, 264, 265; RGSt 63, 424, 425 f.; RGSt 72, 75, 76; BGH GA 1960, 277, 728; OLG Hamburg MDR 1974, 330; vgl. aber auch RGSt 34, 15 ff.

3) Vgl. Arzt, BT, LH 1, S. 193; Dreher-Tröndle, § 253 Anm. 5; Horn, in: SK § 240 Rn. 39 ff., 43. Lackner, § 240 Anm. 4.

Im gleichen Sinne vertritt Roxin unter Verweisung auf ein sog. "Autonomieprinzip" den Standpunkt, es liege "keine Nötigung vor, wenn jemand mit der Unterlassung von Handlungen droht, deren Vornahme von der Rechtsordnung in das freie Belieben des einzelnen gestellt ist"; vgl. Roxin, JuS 1964, S. 373, 377. Einschränkung

tums so interpretiert, daß die herrschende Meinung die Grundsätze über die Strafbarkeit des unechten Unterlassungsdelikts anwendet.¹⁾ Hiergegen weist Arzt²⁾ zu Recht darauf hin, daß die als Beleg für diese Interpretation angeführten Rechtsprechungsnachweise den weiteren Fall, in welchem mit der Unterlassung einer Handlung gedroht wird, für deren Vornahme eine Pflicht kraft echten Unterlassungsdelikts vorliegt, nicht eindeutig ausschließen.

Im Anschluß an Schröder³⁾ vertritt hingegen eine in der Literatur verbreitete Meinung, es komme nicht darauf an, was man tun oder unterlassen dürfe. Womit man drohen dürfe, sei vielmehr die für die Nötigung entscheidende Frage. Nach dieser Auffassung braucht keinerlei Rechtspflicht zu dem Handeln zu bestehen, dessen Unterlassung angedroht wird.

Tiedemann⁴⁾ schlägt angesichts dieses Meinungsstreits eine differenzierende Lösung vor. Er verneint den Tatbestand der Nötigung für diejenigen Fallkonstellationen,

hierzu Arzt, in: Welzel-Festschrift (1974), S. 823, 836. Kritisch Eser, in: Juristischer Studienkurs, Strafrecht III (1978), Fall 12, A 56.

Im Ergebnis weitgehend wie die h.M. auch Jakobs, in: Peters-Festschrift (1974), S. 69 ff., welcher seine Argumentation auf das Rechtsgut der Nötigung als eines "Freiheitsdelikts" abstellt.

- 1) Schönke/Schröder/Eser, § 240 Rn. 22; Schäfer, in: LK § 240 Anm. 72; vgl. auch Tiedemann, Wettbewerb und Strafrecht S. 21.
- 2) Arzt, BT, LH 1, S. 193; ebenso Hansen, S. 130 (Fn.38) mit Nachw.
- 3) Schröder, in: Schönke/Schröder (17. Aufl. 1974) § 240 Rn. 22; ihm folgt Eser, in: Schönke/Schröder (19. Aufl. § 240 Rn. 22; ebenso Schäfer, in: LK § 240 Rn. 72.
- 4) Tiedemann, Wettbewerb und Strafrecht, S. 21 ff.

in denen das eigentliche Übel bereits ohne Zutun des Täters droht oder eingetreten ist. Liege dagegen in der Androhung der Unterlassung wirklich - wie z.B. bei der Androhung einer Liefer- oder Bezugssperre - die Ankündigung der Täter selbst werde ein Übel zufügen, sei der Tatbestand durchaus erfüllt.¹⁾

Eine differenzierte Lösung des Problems schlägt auch F.-C. Schroeder²⁾ vor. Danach soll die Bejahung des Nötigungstatbestandes jedenfalls in den Fällen "durchaus angemessen" erscheinen, "in denen ein bisher freiwillig geübtes Verhalten "plötzlich und unmotiviert abubrechen gedroht wird", da insoweit beim Opfer "Erwartungen geweckt worden seien.

bb) Eigene Stellungnahme

Vor einer Bewertung dieser kontroversen bzw. vermittelnden Stellungnahmen ist zunächst die Feststellung geboten, daß die skizzierten Divergenzen sich zwar in Unterschieden zwischen den einzelnen Obersätzen äußern, sie sich in den von der Praxis entschiedenen Fällen jedoch kaum in unterschiedlichen Ergebnissen ausgewirkt hätten. Weiterhin ist der aktuellen Diskussion mit Ausnahme der Stellungnahme Tiedemanns eigentümlich, daß sie sich weniger an den konkreten Merkmalen "Drohung" und "empfindliches Übel" orientiert, sondern vielmehr im Rahmen der Verwerflichkeitsformel des § 240 Abs. 2 StGB Lösungen sucht.³⁾ Schon der Hinweis darauf, daß das andere Nötigungsmittel der "Gewalt" ja auch vor einer Prüfung des

1) Tiedemann, Wettbewerb und Strafrecht, S. 22 f.

2) Schroeder, JR 1977, 357, 359; Maurach-Schroeder, BT, Teilb. 1, S. 128, 132.

3) Tiedemann, Wettbewerb und Strafrecht, S. 23. Dazu kritisch auch schon Niese, Streik und Strafrecht, S. 18 ff.

§ 240 Abs. 2 StGB immer erst positiv festgestellt wird, legt aber ein entsprechendes Vorgehen in Bezug auf die "Drohung mit einem empfindlichen Übel" zumindest aus systematischer Sicht nahe. Es ist nicht einsichtig, aus welchem Grunde die "Offenheit" des Nötigungstatbestandes zu einem Verzicht auf eine exakte Subsumtion bereits unter seine Grundelemente – die gesetzlich verordneten Nötigungsmittel – führen soll.

- Das Vorliegen einer Drohung – Die Abhängigkeit des "eigentlichen" Übels vom Täter

In den Fällen, in denen die Rechtsprechung von einer Verurteilung wegen "Androhung einer Unterlassung" abgesehen hat, drohte das eigentliche Übel regelmäßig bereits ohne Zutun des Täters oder trat unabhängig von diesem ein. So lag z.B. in der einzigen veröffentlichten Entscheidung des Bundesgerichtshofes zu dieser Frage¹⁾ das Mittel zur Beeinflussung des Willens des Opfers nicht in der Drohung mit einem Übel, welches die Angeklagte (durch Unterlassen) hätte verwirklichen können, sondern in der Täuschung darüber, sie könne und werde etwas tun, um zu helfen.

Das Gericht konnte sich dabei auf eine unveröffentlichte

1) BGH GA 1960, 277 f., 278.

2) BGH GA 1960, 278.

Entscheidung zu dem gleichgelagerten Problem bei § 253 StGB¹⁾ berufen, in der es schon ausgeführt hatte, daß in den Fällen, in denen der Täter das Opfer nur auf ein bereits ohne sein Zutun drohendes und angeblich bevorstehendes Übel hinweist und (unter Bedingungen) dessen Abwendung anbietet, der Täter keine eigene Übelszufügung androhe, sondern nur die (bedingte) Unterlassung von Hilfe ankündige:

"Der Angekl. hatte seiner Vermieterin erklärt, wenn sie seinen Koffer nicht herausgebe, werde dieser beschlagnahmt und sie komme nicht zu ihrem Geld; wenn sie ihn ihm herausgebe, werde er ihn versteigern lassen und ihr seine Schuld aus dem Erlös bezahlen. Ferner stellte er sich einer Frau F. als Finanzbeamter vor und erklärte, sie sei beim Finanzamt angezeigt worden, weil sie jahrelang keine Steuern für ihre Tätigkeit als Hilfsarbeiterin gezahlt hätte. Sie müsse ihre Steuerschuld nachzahlen und außerdem mit einer Geldstrafe von etwa DM 300,- rechnen. Ihm, dem Angekl., ginge es nur darum, Frau F. als Nachbarin vor Ungelegenheiten zu bewahren. Dies sei mit Hilfe seines Kollegen, des Kassierers, möglich. Die Frau händigte dem Angekl. den geforderten Betrag aus. Der Angekl. wurde in beiden Fällen wegen Betrugs, im zweiten Fall in Tateinheit mit Amtsanmaßung, verurteilt. Die Revision des Angekl. hatte keinen Erfolg. Er war der Ansicht, daß im zweiten Fall allenfalls eine Bestrafung nach § 289 StGB wegen Erpressung in Betracht komme.

... Nach Meinung der Revision steht die Begründung des Betrugs durch das LG im Widerspruch zu der allgemeinen Lebenserfahrung; es komme nur eine Verurteilung wegen Erpressung, nicht aber wegen Betruges in Betracht. Ein Steuereinziehungsverfahren stelle an sich schon ein erhebliches Übel dar, ganz sicherlich aber die Zahlung

1) BGH 1 StR 682/53 vom 29.1.1954 (unveröffentlicht).

einer Strafe. Der Eintritt des Übels sei allerdings "von einem Nichttätigwerden des Angeklagten abhängig" gewesen. Eine Unterlassung des Täters reiche aber für das Vergehen der Erpressung selbst dann aus, wenn eine Pflicht zum Handeln nicht bestehe. Der Beschwerdeführer verweist insoweit auf die bei Schönke/Schröder, StGB 8. Aufl. unter § 253 Anm. III 1 b vertretene Auffassung

Diese Meinung wird aber von der herrschenden Lehre sowie der Rechtsprechung nicht geteilt. Der Bundesgerichtshof hat im Anschluß an die Rechtsprechung des Reichsgerichts entschieden, daß eine Unterlassung der Hilfeleistung nur dann ein Übel im Sinne von § 253 StGB ist, wenn eine Pflicht zum Handeln besteht (1 StR 682/53 vom 29.1.1954 RGSt 72, 75; GA 43, 125). "Weist der Täter das Opfer nur auf ein bereits ohne Zutun des Täters drohendes oder angeblich bevorstehendes Übel hin, zu dessen Abwendung er nur seine Hilfe verspricht, so droht er nicht, daß er selbst ein Übel zufügen werde, sondern kündigt nur an, daß er Hilfe unterlassen, sich also untätig verhalten werde, wenn seine Forderung nicht erfüllt werde" (BGH aaO.). Der Senat tritt dieser Auffassung bei. Im vorliegenden Falle war also das Mittel zur Beeinflussung des Willens der Frau nicht eine Drohung mit einem Übel, welches der Angekl. hätte verwirklichen können, sondern die Täuschung, er könne und werde etwas tun, um ihr zu helfen."

Strenggenommen stellt sich in diesem und anderen Fällen überhaupt nicht die Frage der rechtlichen Qualifizierung der Unterlassung, mit der gedroht wird. Schon die Drohung als solche entfällt hier. Das Vorliegen einer Drohung setzt nämlich wesensmäßig voraus, daß der Drohende den Eintritt eines Übels als von seinem Willen abhängig darstellt. ¹⁾

1) Vgl. BGHSt 7, 197, 198; BGHSt 23, 294, 296; BGHSt 26, 309, 310 f.

Wer z.B. einem Ertrinkenden ankündigt, er werde ihn nur gegen das Versprechen eines bedeutenden Vermögensvorteils retten, "bedroht" diesen nicht mit dem Tod durch Ertrinken.

Aber auch das Kriterium der "Abhängigkeit des eigentlichen Übels vom Täter" bietet nur eine Lösungshilfe an, führt aber nicht zwangsläufig in sämtlichen Fällen zum richtigen Ergebnis: So kann jedenfalls nicht allein den Ausschlag geben, ob das eigentliche Übel unabhängig vom Täter droht oder eintritt:

Droht z.B. der Ehemann seiner in einem See ertrinkenden Ehefrau an, er werde sie nur gegen Überschreibung eines wertvollen Hausgrundstücks retten, droht der Tod der Ehefrau sicherlich ohne jedes Zutun des Ehemanns. Würde man nur berücksichtigen, daß im Hinblick auf den drohenden Todeserfolg im Sinne der obigen Ausführungen eigentlich überhaupt keine Drohung vorliegt, müßte man an dieser Stelle bereits konsequent die Prüfung abbrechen und den objektiven Tatbestand der Nötigung verneinen. Insoweit bliebe freilich unberücksichtigt, daß der Ehemann andererseits im Rahmen der §§ 211 ff. objektiv für das Leben seiner Ehefrau einzustehen hat und zu ihrer Rettung verpflichtet ist. Schon das schlichte Rechtsgefühl legt aber nahe, daß diese Fallkonstellation anders beurteilt werden muß als z.B. diejenige, in der ein professioneller Fluchthelfer

einem ihm unbekannten Strafgefangenen Fluchthilfe gegen hohes Entgelt anbietet.

Somit ist offenkundig, daß die beiden erwähnten Kriterien nicht voneinander isoliert angelegt werden können. Der dogmatische Angelpunkt hierfür findet sich darin, daß - auch soweit man die für die unechten Unterlassungsdelikte geltenden Grundsätze für einschlägig hält - es sich nur um eine entsprechende Anwendung dieser Grundsätze handeln kann. Nicht das Unterlassen stellt die Tathandlung dar, wie dies § 13 StGB voraussetzt, sondern die Drohung mit diesem.¹⁾

In den Fällen, in denen bezüglich des drohenden Erfolges eine Garantenstellung des Täters für das bedrohte Rechtsgut besteht, kündigt nun dieser mit seiner Unterlassung gleichzeitig auch immer eine Verletzung seiner Garantenpflicht an. Mit anderen Worten: Der Täter "droht" nicht das Eintreten eines Übels an, sondern er droht mit seinem eigenen pflichtwidrigen Unterlassen.

Dieses hängt aber durchaus von seinem Willen ab. So kann über einen begrifflich-konstruktiven Umweg das Vorliegen einer Drohung im Ergebnis doch bejaht werden. Die Eigenschaft der Ankündigung des Täters als Drohung beruht darauf, daß die Handlungspflichten, deren Verletzung der Täter androht, von der Rechtsordnung ja ge-

1) Vgl. Tiedemann, Wettbewerb und Strafrecht, S. 21.

rade im Interesse des Bedrohten statuiert wurden und daß deren Verletzung deshalb auch ein Übel für den Bedrohten bedeuten würde.

- Die Notwendigkeit der Eingrenzung strafrechtlich relevanter Drohungen bereits auf der Tatbestandsebene

Daraus ergibt sich weiter zugleich die Notwendigkeit der Eingrenzung strafrechtlich relevanter "Drohungen" bereits auf der Tatbestandsebene. Da menschliches Verhalten bekanntlich nahezu ausschließlich aus der Unterlassung möglicher Handlungen besteht, kann deren Ankündigung für den Normalfall nicht als tatbestandliche Drohung qualifiziert werden, will man dieses Tatbestandsmerkmal nicht seiner Konturen berauben.¹⁾

Zwar ist auch nach der hier vertretenen Auffassung die von einem beachtlichen Teil der Lehre vertretene These im Ergebnis zutreffend, daß "nicht, was man tun oder unterlassen darf, sondern womit man drohen darf (...), die für die Nötigung entscheidende Frage" sei.²⁾

Aber entgegen der Überwiegenden Meinung, die das Problem erst im Rahmen einer Prüfung des § 240 Abs. 2 StGB lösen will³⁾ - sofern man auf eine systematische Einordnung

1) Und was dann nur die verfehlte Forderung nach einem gänzlichen Verzicht auf einen allgemeinen Nötigungstatbestand stützen könnte. So aber Fezer, GA 1975, 353, 362.

2) So z.B. Schönke/Schröder/Eser, § 240 Rn. 22.

3) Vgl. nur Schönke/Schröder/Eser, § 240 Rn. 22; Schäfer, in: LK § 240 Rn. 72. Vgl. auch Horn, in: SK § 240 Rn. 44 einerseits, Rn. 16 andererseits; mehrdeutig insofern auch Maurach-Schroeder, BT Teilb. 1, S. 132 und S. 128; desgleichen widersprüchlich Schäfer, in: LK § 240 Rn. 47 und 72.

nicht überhaupt verzichtet¹⁾ -, handelt es sich zunächst um ein Tatbestandsproblem.²⁾

Unabhängig davon, ob man die Verwerflichkeitsklausel des § 240 Abs. 2 StGB als eine Ergänzung des Tatbestandes ansieht oder für ein allgemeines Verbrechensmerkmal hält³⁾, erfordert das rechtsstaatliche Gebot der Tatbestandsbestimmtheit aus Art. 103 Abs. 2, daß die Frage, ob überhaupt eine "Drohung mit einem empfindlichen Übel" vorliegt, jedenfalls positiv entschieden sein muß, bevor eine Zweck-Mittel-Relation angestellt werden kann. Dies folgt daraus, daß eben nicht jede bloß faktische Beeinträchtigung des Rechtsgutes des § 240 tatbestandsmäßig ist. Trotz der Weite der beiden von der Norm aufgeführten Nötigungsmittel und insbesondere der Ausdehnung, die sie durch Rechtsprechung und Lehre erfahren haben, erfüllen diese gleichwohl noch eine tatbestandseingrenzende Funktion. Das zeigt ein Vergleich mit § 234 StGB, der das weitere Nötigungsmittel der "List" kennt.⁴⁾

1) Prägnant insoweit die Kritik von Niese, Streik und Strafrecht (1954), S. 19, an der Entscheidung RGSt 72, 75, 76: "Also: das Ankündigen einer Unterlassung, die dem Täter freisteht, ist zwar nicht tatbestandsmäßig, es wird aber verurteilt, weil das Verhalten rechtswidrig ist!"

2) Vgl. Tiedemann, Wettbewerb und Strafrecht, S. 22 f.; Niese, Streik und Strafrecht, S. 23, hält dagegen die Androhung jedes Unterlassens für tatbestandsmäßig, "das geeignet ... und bestimmt ist, als empfindliches Übel den Willen des Genötigten zu beugen."

3) Vgl. dazu die Nachweise auf S. 131 (Fn. 2).

4) Bei der List handelt es sich zwar um kein Zwangsmittel, aber ebenfalls um ein Angriffsmittel auf die Freiheit der Willensentschließung; hierzu auch Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft (3. Aufl. 1978), S. 173, 232; Schroeder, Der Täter hinter dem Täter (1965), S. 73.

- Die Drohung mit einer Unterlassung bei strafbewehrter Handlungspflicht

Für das Tatbestandsmerkmal der Drohung mit einem empfindlichen Übel drängen sich zunächst einmal die Fälle auf, in denen der Täter die Unterlassung einer Handlung androht, zu deren Vornahme zugunsten eines anderen ihm die Rechtsordnung (ausnahmsweise) eine mit einer Strafdrohung bewehrte Handlungspflicht auferlegt. Hier vermittelt die (Straf)Rechtsordnung dem anderen die mit einer Strafdrohung bewehrte und dadurch verstärkte Aussicht auf unbedingte Hilfeleistung. Dies bedeutet zugleich eine Erweiterung seiner Freiheitssphäre, da er seine Entscheidung über eigene positive Handlungen oder Unterlassungen ohne Rücksicht auf das Verhalten des Verpflichteten treffen kann.

Die (bedingte) Ankündigung der Unterlassung einer (Hilfs-)Maßnahme schränkt diesen durch die Rechtsordnung für einzelne Sonderfälle erweiterten Freiheitsspielraum wieder ein und bedeutet deshalb die Drohung mit einem empfindlichen Übel.¹⁾

Dies gilt zum einen für alle Fälle, in denen der Täter eine Garantenstellung gegenüber Rechtsgütern des Genötigten hat. Die gleiche Überlegung greift aber auch im

1) Nicht nur einleuchtend, sondern sogar zwingend wäre diese Auffassung auch nach der Lehre von Jakobs, in: Peters-Festschrift (1974), S. 69, 75 ff., 85 f., der als Rechtsgut des § 240 nicht die faktische, sondern nur die "rechtlich garantierte" Freiheit versteht: Die rechtlichen Handlungspflichten des anderen bedeuten zugleich eine Erweiterung der rechtlichen Freiheitssphäre des z.B. von einem Unglück Betroffenen. Die (unter Bedingungen ausgesprochene) Ankündigung des anderen, er werde gleichwohl nicht helfen, verletzt deshalb dieses Rechtsgut.

Fälle der echten Unterlassungsdelikte ein. Wer z. B. einen Ertrinkenden antrifft und diesem, statt ihm Hilfe zu leisten, ankündigt, er werde ihm nur gegen Hingabe eines bedeutenden Vermögensvorteils zu Hilfe kommen, "bedroht" diesen zwar nicht mit dem Tode durch Ertrinken. Er bedroht ihn aber mit der Nichterfüllung einer in seinem Interesse statuierten Hilfeleistungspflicht (§ 330 c StGB), auf deren Erfüllung er rechnen durfte. Somit kann festgestellt werden, daß das Tatbestandsmerkmal der "Drohung" jedenfalls immer dann erfüllt ist, wenn der Täter die Unterlassung einer Handlung androht, zu deren Vornahme ihn eine Rechtspflicht trifft, deren Verletzung ihrerseits strafbar ist.

Als strafbewehrte Handlungspflicht müssen im Lichte der obigen Ausführungen auch diejenigen Rechtspflichten qualifiziert werden, deren Verletzung der Gesetzgeber als Ordnungswidrigkeit eingestuft hat. Auch hier erweitert die Pflichtigkeit des einen die Freiheitssphäre des anderen.

Auf den Fall der Androhung einer Liefer- oder Bezugssperre angewendet, bedeutet dies: Wenn das Gesetz einen mit einer Ordnungswidrigkeitssanktion bewehrten Kontrahierungszwang statuiert, wie namentlich bei § 26 Abs. 2 i. V. m. § 38 Abs. 1 Nr. 8 GWB, liegt in der Androhung der Verletzung dieser Rechtspflicht auch immer eine Drohung i.S.d. § 240 Abs. 1 StGB.

Schon aufgrund der Einstufung der angedrohten Zuwiderhandlung als Straftat oder Ordnungswidrigkeit stellt diese Drohung auch immer eine solche mit einem "empfind-

lichen¹⁾ Übel" dar.

- Insbesondere: Die Relevanz des Kriteriums des echten oder unechten Unterlassungsdelikts für die Fälle einer Liefer- oder Bezugssperre

Eine Garantenstellung freilich wird nur in besonderen Ausnahmefällen vorliegen, da ihre Voraussetzungen kaum jemals erfüllt sein werden.

Mit der neueren Dogmatik können zwei Grundtypen der Garantenstellungen unterschieden werden, diejenigen zur Überwachung bestimmter Gefahrenquellen und diejenigen zur Verteidigung bestimmter Rechtsgüter.¹⁾

Der erste Grundtyp kann im vorliegenden Zusammenhang von vornherein außer Betracht bleiben. Die dem Boykott eigentümliche Gefährdung von Positionen des Verrufenen rührt nicht von einer besonderen dritten Gefahrenquelle, sondern sie beruht unmittelbar und ausschließlich auf einer Handlung des Drohenden.

Einschlägiger scheint dagegen der Grundtyp der Garantenstellung zur Verteidigung bestimmter Rechtsgüter. Dessen Unterfälle tragen das gemeinsame Merkmal, daß zwischen dem "Opfer" und dem Unterlassenden ein Obhutsverhältnis be-

1) Das Kriterium der "Empfindlichkeit" erfüllt keine eigenständige weitere tatbestandseingrenzende Funktion da es nach überwiegender Auffassung nur dazu dient, die "ungewöhnlichen Reaktionen eines Überängstlichen auszuschalten"; vgl. Schönke/Schröder/Eser § 240 Rn. 9 m. weit. Nachw.

2) Rudolphi, in: SK § 13 Rn. 24; Armin Kaufmann, Unterlassungsdelikte S. 283; Schönke/Schröder/Stree § 13 Rn. 9 ff.; Herzberg, Unterlassungsdelikte S. 315, 334, spricht einprägsam vom "Überwachungsgaranten" und vom "Beschützergaranten".

stehen muß.¹⁾ Im einzelnen nehmen Rechtsprechung und Literatur zahlreiche, zum Teil sich überschneidende Eingruppierungen vor. So unterscheidet z.B. Rudolphi folgende Fallgruppen²⁾:

Garantenstellungen aufgrund familiärer Obhutsverhältnisse, Garantenpflichten aufgrund von Organstellungen, Garantenpflichten aufgrund enger Gemeinschaftsbeziehungen, die Garantenstellung kraft einseitigen Ergreifens einer Schutzaufgabe und die Garantenstellung kraft einverständlicher Übernahme einer Schutzfunktion.

Unter dem Gesichtspunkt einer Liefer- oder Bezugssperre kommen allerdings nur die beiden letzten Fallgruppen ernstlich in Betracht, dabei insbesondere die einverständliche Übernahme einer Schutzfunktion.

Diese letztere ist im wesentlichen mit derjenigen Fallgruppe identisch, die nach der überkommenen Terminologie zumeist als "Garantenstellung aus Vertrag" bezeichnet wird.³⁾ Dazu ist aber zunächst festzustellen, daß

1) Rudolphi, in: SK § 13 Rn. 46 ff.

2) Rudolphi, in: SK § 13 Rn. 46 ff.; vgl. auch die Nachweise bei Jescheck, AT, S. 505 f.

3) Die überkommene Dreiteilung der Erfolgsabwendungspflichten in solche aus Gesetz, Vertrag und vorangegangenen Tun kann zwar im Grunde als überholt angesehen werden. Immerhin lehnt sich die Einteilung, die die Rechtsprechung und große Teile der Lehre unter den Garantenstellungen vornehmen, noch eng daran an.

Danach können Garantenstellungen auf Gesetz, frei-

eine "Garantenstellung aus Vertrag" auch nach Ansicht derjenigen, die solcherart begründete Garantenstellungen für möglich halten, dann keine fortdauernde Garantenpflicht begründet, wenn die zivilrechtliche Möglichkeit der Kündigung besteht oder das Vertragsverhältnis ohnehin befristet ist.¹⁾ Weiter wird auch von der überkommenen Lehre anerkannt, daß die Garantenstellung von der zivilrechtlichen Wirksamkeit des betreffenden Vertragsverhältnisses unabhängig ist und statt dessen von der tatsächlichen Übernahme einer Schutzfunktion abhängt.²⁾ Es entspricht seit je der herrschenden Ansicht

williger Übernahme, vorangegangenem Verhalten und so konkreten Lebensbeziehungen beruhen (vgl. die Nachweise bei Rudolphi, in: SK § 13 Rn. 25). Wenn auch zugegeben werden muß, daß solche stark formalisierten Einteilungskriterien "keine Aussage über die materielle Berechtigung und die Grenzen der einzelnen Garantenstellungen" (Rudolphi a.a.O.) erlauben, sind derartige Umschreibungen der Entstehungsgründe dennoch nicht etwa entbehrlich. Bei alleiniger Berücksichtigung materieller Kriterien wie "Schutzfunktion für ein bestimmtes Rechtsgut" oder "Überwachung einer Gefahrenquelle" bestünde wegen ihrer begrifflichen Offenheit eine "Ausweitungsgefahr" (Jescheck, AT, S. 505), die insbesondere aus rechtsstaatlicher Warte nicht akzeptabel wäre. Deshalb muß denjenigen Autoren zugestimmt werden, die wie Jescheck, Rudolphi (Gleichstellungsproblematik S. 54) oder Stree (in: Schönke/Schröder § 13 Rn. 8) eine Verbindung formeller und materieller Kriterien fordern.

- 1) Tiedemann, Wettbewerb und Strafrecht, S. 22.
- 2) Vgl. dazu nur Schönke/Schröder/Stree § 13 Rn. 28 mit weit. Nachw.

daß die Frage, ob ein wirksames Vertragsverhältnis überhaupt begründet wurde, keinen Einfluß auf die Entstehung des Obhutsverhältnisses hat.¹⁾

Ebenso kommt es nicht darauf an, ob ein bestehendes Vertragsverhältnis wirksam beendet wurde oder nicht. Besteht das tatsächliche Obhutsverhältnis weiter, so dauert auch die Garantenstellung fort. Und ob das Obhutsverhältnis wirklich weiterbesteht, beurteilt sich unabhängig von zivilrechtlichen Gestaltungserklärungen. Damit ist zugleich dargelegt, daß der Abschluß eines Vertrages keinen - allenfalls: begrenzten - Aufschluß über Bestehen und Umfang einer Garantenstellung geben kann. Der formale Akt des Vertragsschlusses als solcher ist allenfalls ein Indiz dafür, daß (einvernehmlich) eine Schutzfunktion übernommen werden sollte. Ob dies wirklich der Fall war, bestimmt sich jedoch nach materiellen Gesichtspunkten.

Weiterhin und vor allem muß darauf hingewiesen werden, daß von einer "entsprechenden Anwendung der für die unechten Unterlassungsdelikte geltenden Grundsätze" sinnvollerweise nur dann die Rede sein kann, wenn statt des angedrohten Unterlassens auch ein positives Tun den "Er-

1) Vgl. schon RGSt 64, 81, 84 f.

folg" herbeiführen könnte. Ein solcher Erfolg im Sinne des § 13 StGB setzt zwar nicht einen Erfolg im Sinne eines reinen Erfolgsdeliktes voraus, es muß aber jedenfalls ein tatbestandsmäßiges Ereignis vorliegen, das von einer Strafnorm gefordert wird.¹⁾

Nun findet zwar das Ertränken der Ehegattin durch den Ehemann (positives Tun) ohne weiteres seine Entsprechung im Ertrinkenlassen. Es existiert jedoch kein Tatbestand, der die mit einer Liefersperre erzielbare Rechtsgutsverletzung als positive Begehung vertyppt. Einen tatbestandsmäßigen Erfolg im Sinne des § 13 vermag eine Liefersperre demnach nur in völlig atypischen Ausnahmesituationen herbeizuführen. So könnten durch eine Liefersperre die §§ 223 ff. bzw. 211, 212 f. StGB verwirklicht werden, wenn in einer Zeit extremer Lebensmittelverknappung der einzig verfügbare Lieferant die Versorgung der auf ihn angewiesenen Abnehmer einstellt, so daß diese starken Hunger erleiden oder daran sogar sterben.

Hier hätte der Lieferant jedenfalls dann eine Garantstellung kraft einverständlicher Übernahme einer Schutzfunktion, wenn seine Kunden in besseren Zeiten im Vertrauen auf die Stetigkeit seiner Lieferungen andere Bezugsquellen aufgegeben haben.²⁾

1) Vgl. Schönke/Schröder/Stree, § 13 Rn. 3.

2) Vgl. hierzu die in diese Richtung zielenden Beispiele bei Rudolphi, in: SK § 13 Rn. 60, 61.

Ebenso könnte man an eine Konstruktion über § 330c STGB im Falle einer Lieferverweigerung denken, die sich angesichts einer Katastrophe auf die Versorgung mit Rettungsgut, Nahrungsmitteln oder Kleidung bezieht.

Zusammenfassend läßt sich feststellen, daß in den Fällen, in denen eine strafrechtlich bewehrte Lieferverpflichtung besteht, die Androhung einer Liefersperre ohne dogmatische Schwierigkeiten das Tatbestandsmerkmal der Drohung mit einem empfindlichen Übel erfüllt. Das Vorliegen einer Garantenstellung oder das Bestehen einer Rechtspflicht zum Handeln aus § 330 c StGB liefern ein praktikables - aber eher formales - Abgrenzungskriterium mit dessen Hilfe gravierende und deshalb auch tatbestandsmäßige Drohungen von solchen abgegrenzt werden können, die im Sinne des Nötigungstatbestandes irrelevant sind. Inhaltlich können aus diesen Prinzipien kein Schlüsse darauf gezogen werden, ob die Androhung anderer Unterlassungen tatbestandsmäßig ist oder nicht.

- Die Drohung mit einer Unterlassung bei einer nicht strafbewehrten Rechtspflicht zum Handeln.

Vor weitaus größere dogmatische Probleme stellen die Fälle, in denen eine Lieferverpflichtung besteht, die nicht mit einer Strafdrohung bewehrt ist.

Es kann sich hier sowohl um vertragliche als auch um gesetzliche Verpflichtungen handeln, namentlich solche aus der Generalklausel des § 826 BGB.

Bereits in seiner ersten Entscheidung zum Problem der Drohung mit einem Unterlassen hatte sich das Reichsgericht im 14. Band ¹⁾ mit einem Sachverhalt auseinanderzusetzen, in dem lediglich eine zivilrechtliche Verpflichtung zur Vornahme der Handlung bestand:

"Die andere Frage ist die, ob auch die Drohung mit einem Nichtthun, einem Unterlassen, als Drohung im Sinne des § 253 a.a.O. aufzufassen ist. Diese Frage ist, wie dies vom Reichsgericht schon bei der ähnlich liegenden Frage der Strafbarkeit von Unterlassungen geschehen ist,

vgl. Entsch. des RG's in Strafs.
Bd. 10 S. 100

sicher für diejenigen Fälle zu bejahen, in

1) RGSt 14, 264 (f.).

denen die Unterlassung zugleich die gewollte Verletzung einer Pflicht zum Handeln enthält.

Mit diesen Rechtsgrundsätzen hat sich die Strafkammer, indem sie im vorliegenden Falle das Tatbestandsmerkmal "Drohung" für festgestellt erachtet, nicht in Widerspruch gesetzt. Der Bedrohte H hatte, während er sich in drückendster Geldverlegenheit und nur im Besitze von einigen Groschen befand, eine fällige Gegenforderung von geständlich 165,50 M an den Angeklagten; der Angeklagte, der in der Lage war, wenigstens 10 M auf seine Schuld zu zahlen, drohte mit Nichtzahlung. Dies gewollte Nichtzahlen bei bestehender sofortiger Zahlungspflicht ist einer positiven Handlung gleich zu achten und war darauf gerichtet, das Übel der drückenden Geldverlegenheit, welches allerdings vorher schon vorhanden war, in seiner - darum desto empfindlicheren - weiteren Dauer zu bewirken.

Ebenfalls nur eine zivilrechtliche Verpflichtung bestand auch in dem Sachverhalt, der der jüngsten veröffentlichten obergerichtlichen Entscheidung ¹⁾ zugrunde lag:

"Der Angeklagte wollte den von ihm gestohlenen Wagen nicht länger behalten, weil er fürchtete, entdeckt zu werden. Er rief deshalb in der Wohnung des Eigentümers an und teilte mit, er werde den Wagen nur gegen Zahlung von DM 2.000,-- zurückgeben. Dabei ging er davon aus, der Eigentümer werde sich im Hinblick auf den Wert des Wagens von DM 3.000,-- gezwungen sehen, auf das Angebot einzugehen. Als der Angeklagte und die Ehefrau des Eigentümers zu der von ihr fern-

1) OLG Hamburg MDR 1974, S. 300.

mündlich zum Schein vereinbarten Übergabe der Wagenschlüssel gegen DM 2.000,-- zusammentrafen, nahm die Polizei ihn fest.

...

Zu Recht hat das LG das Vorliegen einer Drohung mit einem empfindlichen Übel bejaht. Die Androhung eines Unterlassens ist zum mindesten dann eine Drohung mit einem Übel, wenn zugleich die gewollte Verletzung einer Pflicht zum Handeln angekündigt wird (vgl. Dreher, StGB 33. Aufl. Anm. 1 B b zu § 253 und RGSt 14, 265). Der Angeklagte war als Dieb des Fahrzeugs verpflichtet, dieses unverzüglich und unentgeltlich zurückzugeben. Entgegen dieser Rechtspflicht zum Handeln kündigte er der Ehefrau des Geschädigten an, er werde ohne Geldzahlung das Auto nicht zurückgeben."

Nach der Judikatur¹⁾ stellt somit die rechtliche Verpflichtung zur Vornahme der Handlung, deren Unterlassung der Täter androht, das entscheidende Kriterium dar, ohne daß, wie Arzt und Hansen zu Recht bemerken, etwa noch eine besondere Garantstellung erforderlich wäre²⁾ oder eine sonstige strafbewehrte Handlungspflicht vorliegen müßte.

In Übereinstimmung hiermit stehen - zumindest im Ergebnis - mehrere Stimmen im Schrifttum.

Nach der eng am Rechtsgut der Nötigung orientierten

1) Vgl. auch BGH GA 1960, 277 (f.); offengelassen wird die Frage von BayObLGSt. 1960, 296 ff., 299.

2) Vgl. Arzt, BT, LH 1, S. 193; Hansen, Die tatbestandliche Erfassung von Nötigungsunrecht (1972), S. 130 (Fn. 38).

Auffassung von Jakobs, derzufolge "Nötigung als Freiheitsdelikt" in der "Beschneidung rechtlich garantierter Verhaltensalternativen" besteht¹⁾, setzt die dem Opfer garantierte Freiheit "nicht strafrechtliche Garantie" voraus.²⁾

Zu dem gleichen Standpunkt gelangt Roxin nach den Grundsätzen der von ihm entwickelten Prinzipienlehre. Nach dem "Autonomieprinzip" liegt (nur) dann keine Nötigung vor, wenn jemand mit der Unterlassung von Handlungen droht, deren Vornahme "von der Rechtsordnung in das freie Belieben des einzelnen gestellt ist".³⁾

Dagegen soll es nach Hansen⁴⁾ überhaupt nicht auf eine rechtliche Verpflichtung des Nötigenden zur Vornahme der Handlung ankommen, deren Unterlassung er androht. Entscheidend sei vielmehr, "ob elementare sozialetische Verhaltensnormen die bedingungslose Vornahme der Handlung fordern." Geböten grundlegende sittliche Normen die Beseitigung der Notlage eines anderen ohne vorherige "Gegenleistung", so nötige derjenige durch Drohung mit einem empfindlichen Übel, der die Zwangslage des anderen ausnutze, indem er die erforderliche Hilfeleistung von Gegenleistungen abhängig mache, die mit der Hilfe in kei-

1) Jakobs, in: Peters-Festschrift (1974), S. 69, 76.

2) Jakobs, in: Peters-Festschrift (1974), S. 69, 79.

3) Roxin, JuS 1964, 373, 377.

4) Hansen, Die tatbestandliche Erfassung von Nötigungs-unrecht, S. 135.

nem Zusammenhang stünden. Wenn die Vornahme der gebotenen Handlung selbstverständlich sei, trete der Aspekt der Nichtvornahme der gebotenen Handlung in den Vordergrund und erlange eine eigenständige Bedeutung.

Gegen die letztere Auffassung läßt sich freilich einwenden, daß mit "elementaren sozialetischen Verhaltensnormen" wohl nichts anderes umschrieben sein kann als das alteingeführte "sozialetische Minimum"¹⁾, mit dem die Grenzen des Kriminalstrafrechts bezeichnet werden.

So verstieße im Regelfall eine Unterlassung im Sinne der Definition Hansens ohnehin gegen Pflichten, die auf einer Garantenstellung des Täters beruhen oder sich aus einem echten Unterlassungstatbestand ergeben. Insoweit handelte es sich also immer nur um die Verletzung strafrechtlich bewehrter Handlungspflichten bzw. die Drohung mit diesen. Sollten freilich die von Hansen erwähnten Verhaltensnormen doch einen weiteren Bereich umschreiben als das "sozialetische Minimum", so bliebe die schwierige Frage offen, wie dieser konkret abzugrenzen wäre.

Bezeichnenderweise greift Hansen auch bei seinem Lösungsvorschlag für einen der Entscheidung RGSt 14, 264 f. nachgebildeten Sachverhalt²⁾ nicht auf dieses Kriterium zurück. Vielmehr soll dort deshalb "kein strafrechtliches Nötigungsunrecht verwirklicht" sein, weil das auf Vertragserfüllung gerichtete Rechtsgebot nicht mit dem auf

1) Vgl. dazu Zipf, Kriminalpolitik, S. 67 mit weit. Nachw.

2) RGSt 14, 264 f.; Hansen, Die tatbestandliche Erfassung von Nötigungsunrecht, S. 132 (Fall Nr. 8).

Hilfeleistung in einer Notlage gerichteten Gebot identisch sei. Die zivilrechtliche Leistungspflicht sei nicht auf Hilfeleistung in Not gerichtet, sondern (nur) auf Zahlung der Schuld.¹⁾

Da die Argumentation von Hansen nicht zu überzeugen vermag, kann als weiteres Zwischenergebnis somit festgehalten werden, daß in Einklang mit der Rechtsprechung und den wohl meisten Äußerungen in der Literatur eine Drohung mit einem empfindlichen Übel in den "Unterlassungsfällen" jedenfalls dann bejaht werden muß, wenn eine Rechtspflicht zur Vornahme der Handlung - in den hier interessierenden Fällen: der Belieferung - besteht, deren Unterlassung angedroht wird. Ob diese Rechtspflicht, wie im Falle der unechten oder aber auch der echten Unterlassungsdelikte, mit einer Strafdrohung bewehrt ist oder sich nur aus einem zivilrechtlichen Vertrag ergibt, ist unerheblich. Das unterschiedliche Ausmaß des Nachdrucks, mit dem die Rechtsordnung eine Handlung (Lieferung) gebietet, wird jedoch bei der Prüfung der Verwerflichkeitsformel des § 240 Abs. 2 zu berücksichtigen sein.

- Die Drohung mit einer Unterlassung bei Fehlen einer entsprechenden Handlungspflicht

Geradezu heikel und vielfach verwoben sind die Probleme

1) Hansen, Die tatbestandliche Erfassung von Nötigungsunrecht, S. 138.

und meisten Stellungnahmen in den Fällen, in denen sich weder aus Gesetz noch aus Vertrag eine Rechtspflicht zum Handeln (etwa eine Lieferverpflichtung) ergibt. Keine zusätzlichen Probleme treten hier nur für diejenigen auf, die im Anschluß an Schröder das Merkmal der Rechtspflicht zum Handeln von vornherein unberücksichtigt lassen wollen. Aber auch die Rechtsprechung hat sich schon der Systematisierungsanforderungen des dreigliedrigen Verbrechensaufbaus enthoben und einschlägige Fälle "pau-

schal über den Gedanken des Rechtsmißbrauchs"¹⁾ gelöst.

So führte das RG in einer Entscheidung im 72. Band²⁾ aus:

"Das LG hat auch die Merkmale der Erpressung ausreichend nachgewiesen.

Die Angeklagten 2/13 haben, um sich rechtswidrig der Schlachtsteuer zu entziehen und sich damit einen Vermögensvorteil zu verschaffen, den Mitangeklagten G. dadurch genötigt, die Festsetzung der Steuer zu unterlassen, daß sie ihm drohten, im Weigerungsfalle würden sie das Vieh lebend nach K. ausführen, insoweit also seine Einnahmen aus der Fleischschau verringern.

Mit Recht hat das LG in dem Verhalten dieser Angeklagten eine Drohung i.S.d. § 253 StGB gefunden. An sich stand es den Angeklagten zwar frei, ihr Vieh lebend aus dem Beschaubezirke des Angeklagten G. auszuführen. Auch die verkehrsübliche Abkehr von geschäftlichen Beziehungen würde kein Übel bedeuten, in dessen Ankündigung i. S.d. § 253 eine Drohung gefunden werden könnte. Nach herrschender Rechtsprechung würde endlich die Drohung mit einer Unterlassung nur dann als Übel zu betrachten sein, wenn darin zugleich die gewollte Verletzung einer Pflicht zum Handeln enthalten wäre (vgl. RGSt Bd. 63 S. 424, 425). Das Besondere des vorliegenden Falles liegt nach den Feststellungen des Tatrichters aber darin, daß es nicht geschäftliche Gründe waren, aus denen die Angeklagten dem G. die Verbringung des Viehes aus dem Beschaubezirke in Aussicht stellten, sondern daß sie mehr oder weniger deutlich, jedenfalls für G. klar erkennbar, die Absicht zu erkennen gaben, diesen durch Verkürzung seines Einkommens als Beschauer zu schädigen. So betrachtet war das Verhalten der Angeklagten, daß sie dem G. in Aussicht

1) Tiedemann, Wettbewerb und Strafrecht S. 23 Fn. 30.

2) RGSt 72, 75 ff.

stellten, unzulässig und sittenwidrig, weil darin lediglich eine Schikane i.S.d. § 226 BGB lag. Hier-
nach unterliegt die Rechtswidrigkeit des Nötigungs-
mittels ebensowenig einem Bedenken wie die Rechtswid-
rigkeit des Nötigungszweckes, der hier ja in der
strafbaren Bewirkung einer Steuerhinterziehung be-
steht."

Die Lösung dieses und ähnlicher Fälle ist im Ergebnis
kontrovers und zudem methodisch dadurch belastet, daß
Rechtsprechung und Lehre häufig die Verwerflichkeits-
klausel ohne Not allzufrüh zur Ergebnisfindung bemühen.

Einen Vorschlag für die Bewältigung des Problemkreises
"Drohung mit einem Unterlassen als empfindlichem Übel
bei fehlender Rechtspflicht zur Vornahme der Handlung"
bereits auf der Tatbestandsebene unterbreitet dagegen
Tiedemann¹⁾:

Drohe das eigentliche Übel bereits ohne Zutun des Täters
oder sei es ohne dessen Zutun eingetreten, so werde der
Tatbestand in Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre
nicht erfüllt sein. Liege dagegen in der Androhung der
Unterlassung - wie bei der Androhung einer Liefer- oder
Bezugssperre - die Ankündigung des Täters, er selbst
werde ein Übel zufügen, so sei entgegen der herrschen-
den Meinung der Nötigungstatbestand erfüllt.

Diese Auffassung ist von ihrem Ausgangspunkt her in Ein-
klang mit der hier vertretenen Konzeption.

Wenn eine Rechtspflicht zur Vornahme einer Handlung be-

1) Tiedemann, Wettbewerb und Strafrecht S. 22 f.

steht, bejaht auch Tiedemann offensichtlich immer das Tatbestandsmerkmal der Drohung. Sein Vorschlag erweitert jedoch darüber hinaus den Bereich, innerhalb dessen eine Drohung tatbestandsmäßig sein kann.

Aber auch nach dem hier erreichten Zwischenergebnis stellt sich nunmehr die Frage, ob und in welchem der Fälle, in denen keine Rechtspflicht zur Vornahme einer Handlung besteht, die Drohung mit ihrer Unterlassung gleichwohl (ausnahmsweise) tatbestandsmäßig sein könnte.

Das von Tiedemann vorgeschlagene Abgrenzungskriterium, nach dem das eigentliche Übel gerade in der angedrohten Unterlassung selbst liegen muß, weist dabei wohl in die richtige Richtung. Allerdings ergibt sich sogleich die Notwendigkeit einer weiteren Eingrenzung. Wenn man nämlich, wie hier, davon ausgeht, daß im Falle der Drohung mit einem Unterlassen das angedrohte Übel immer in der Unterlassung selbst besteht, nicht aber im Eintritt oder der Fortdauer des Ereignisses oder Zustandes, der bei Vornahme der Handlung vermieden oder beseitigt werden könnte, fragt sich, worin denn nun die Besonderheit liegt, die in bestimmten Fällen das angedrohte Unterlassen zum "eigentlichen Übel" macht. Dies soll nun am Beispiel der Liefersperre und vergleichbarer Sachverhalte näher untersucht werden.

- Drohung mit dem Abbruch von Geschäftsbeziehungen

Nicht ein beliebiges, im Hinblick auf den Drohenden un-

spezifisches Übel droht, wenn eine bestehende Geschäftsbeziehung abgebrochen und z.B. die Belieferung eines Abnehmers mit Gütern eingestellt werden soll. Auch wenn zivilrechtlich die Möglichkeit zur Beendigung dieser Geschäftsbeziehung (des Vertragsverhältnisses etc.) besteht, kann man nämlich nicht sagen, daß sich der die Beziehungen abbrechende Hersteller oder Lieferant in der Position eines beliebigen Jedermann befindet.

Immer vorausgesetzt, daß das Übel der Liefersperre für den Betroffenen "empfindlich" ¹⁾ ist, droht dieses eigentliche Übel gerade von dem die Beziehungen Abbrechenden.

Das ist sicherlich dann ganz eindeutig, wenn dem Gesperrten keine Ersatzquellen offenstehen. Die Liefersperre würde aber auch dann ein empfindliches Übel für ihn bedeuten, wenn verfügbarer Ersatz nur zu ungünstigeren Bedingungen oder in schlechterer Ausführung erhältlich wäre ²⁾. Unter Umständen können schließlich

1) Diesem Merkmal kommt keine weitere eigenständige Bedeutung zu. "Empfindlich" ist nämlich jedes Übel, "wenn seine Verwirklichung eine so erhebliche Beeinträchtigung bedeutet, daß die Ankündigung geeignet ist, einen in solcher Lage befindlichen besonnenen Durchschnittsmenschen in seiner Entschließung unfrei zu machen und zu dem vom Täter gewünschten Verhalten zu bestimmen" (so Schäfer, in: Leipziger Kommentar § 240 Rn. 46 m. weit. Nachw.). Diese Interpretation durch die h.M. läuft im Ergebnis darauf hinaus, daß jede objektiv zur Willensbeeinflussung geeignete Drohung ein empfindliches Übel ankündigt.

2) Hierbei handelt es sich um die Androhung eines "Nachteils" i.S.d. § 25 Abs. 2 GWB, für die von der herrschenden Lehre die gleichen Grundsätze angelegt werden, wie zu § 240 StGB. Vgl. dazu Belke, Geschäfts-

aber auch schon die mit der Ersatzbeschaffung verbundenen Mühen eine Qualifizierung als empfindliches Übel nahelegen.¹⁾

Aber selbst für den Fall, in dem weder die Ersatzbeschaffung ausgeschlossen ist, noch der Ersatz ungünstiger ausfällt und auch die Umstellung auf diesen keine besonderen organisatorischen Schwierigkeiten bereitet, soll zunächst festgehalten werden, daß wegen der ehemals vorhandenen Geschäftsbeziehung ein personaler Bezug zum Abbrechenden besteht, der ihn von anderen (potentiellen) Geschäftspartnern, wie Herstellern oder Lieferanten, unterscheidet.

In den Fällen, in denen eine bestehende Geschäftsbeziehung abgebrochen und die Belieferung des Partners eingestellt werden soll, läßt sich somit sowohl der in Frage kommende Täterkreis als auch (bzw. damit zugleich) die Drohung mit einer Unterlassung tatbestandlich leicht eingrenzen. Die Unterlassung, die angedroht wird, stellt im übrigen hier auch immer das "eigentliche Übel" im Sinne der Ausführungen Tiedemanns dar.

verweigerung S. 379 ff. mit weit. Nachw.

Aber auch bei kosten- und qualitätsmäßig gleichartiger Ware kann die Nichtbelieferung einen Nachteil darstellen. So insbesondere bei Markenartikeln, da eine Verminderung des Sortiments zu einer Beeinträchtigung der Wettbewerbsfähigkeit führt; vgl. dazu Belke, Geschäftsverweigerung S. 382; Niederleithinger, NJW 1964, 1936 ff., 1938.

- 1) Vgl. dazu, daß jede Unterbrechung einer laufenden Geschäftsbeziehung schon wegen der damit verbundenen Notwendigkeit zur Umdisposition einen Nachteil i.S.d. § 25 Abs. 1 (a.F.) GWB mit sich bringen kann, auch Gutzler, NJW 1963, 1887 f., 1887.

Nun läßt sich allerdings die Grenze zwischen einer Androhung des Abbruchs einer bestehenden Verbindung und einer Androhung der Nichtaufnahme einer zukünftigen unter Umständen nur mit Schwierigkeiten ziehen.

Dies gilt schon für die Entscheidung des Reichsgerichts vom 29.11.1900 im Munitions-Fabriken-Fall.¹⁾

Handelte es sich bezüglich der beteiligten Nürnberger Firma um die Androhung des Abbruchs einer bestehenden Geschäftsbeziehung, bedeutete dies in Bezug auf die anderen "Konventionsfirmen" die Androhung, eine solche nicht aufzunehmen. Für diesen Fall der Androhung eines Kollektivboykotts ist wohl entscheidend, daß bislang immerhin von einer der Konventionsfirmen geliefert wurde und in Zukunft von keiner mehr geliefert werden soll - also "Abbruch". Generalisierend läßt sich dies für den Fall der Androhung eines Kollektivboykotts so formulieren, daß hier die Grenzziehung dahin geht, daß eine Androhung der Nichtaufnahme von Geschäftsbeziehungen dann vorliegt, wenn bislang mit keinem der am angeordneten Kollektivboykott beteiligten Partner Geschäfts-

1) RGSt 34, 15 ff.; vgl. S.79ff. Kritisch dazu Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich (18. Aufl. 1931), S. 557, wonach es ein "verkehrsmäßiges Übel" darstellt, wenn ein Kartell eine Liefersperre für den Fall in Aussicht stellt, daß Kunden auch bei Außen-seitern kaufen. Kritisch ebenfalls Binding, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, Besonderer Teil, Bd. 1 (2. Aufl., 1902), S. 379.
Zur Anwendung des geltenden Strafrechts auf diese Konstellation vgl. Triebold, Kartellsperre - Expressung?, WuW 1954, 178 ff.

beziehungen bestanden haben, aber ein Abbruch von Geschäftsbeziehungen, wenn solche bisher mit einem der beteiligten Partner gepflegt worden sind.

Das Reichsgericht hat im übrigen diesen Gesichtspunkt nicht erörtert. Bei der Prüfung des Merkmals "Übel" bei § 253 StGB hielt es allerdings für möglich, daß dieses darin bestehen könne, daß trotz anderweitiger Bezugsmöglichkeiten der Gesperrte deshalb Kunden verliert, weil diese gerade Marken der Hersteller von ihm beziehen wollen, die ihn gesperrt haben.¹⁾ Schließlich zeigt auch der Fleischbeschauer-Fall²⁾, daß die Unterscheidung zwischen Abbruch und Nichtaufnahme einer Geschäftsbeziehung nicht immer leicht fällt. Die betroffenen Metzgermeister schlossen zwar bei jeder der routinemäßig anfallenden Fleischbeschauen mit dem Beschauer jeweils neue Verträge ab. Gleichwohl muß man auch für diesen Fall feststellen, daß eine als einheitlich zu würdigende Geschäftsbeziehung bestand, obwohl sich diese aus einzelnen zeitlich aufeinander abfolgenden Vertragsverhältnissen zusammensetzte.

Faßt man die bislang gewonnenen Ergebnisse zusammen, ergibt sich, daß die Frage: Abbruch oder Nichtaufnahme?

1) RGSt 34, 15, 20.

2) Vgl. S. 256 f.

sich nicht danach beantwortet, ob zu dem oder den Sperrer(n) ein Vertragsverhältnis (Dauerschuldverhältnis, Wiederkehrschuldverhältnis, kündbarer Dauerlieferungsvertrag o.ä.) besteht, sondern davon abhängt, ob von einigermaßen verfestigten Geschäftsbeziehungen gesprochen werden kann.

Freilich muß eingeräumt werden, daß die hiermit gewonnene Umschreibung noch recht vage ist. Zumindest für den Fall, daß sich ergeben sollte, daß die Fälle der bloßen Nichtaufnahme rechtlich anders zu würdigen sind, wäre eine schärfere Abgrenzung gegenüber diesen vonnöten. Deshalb soll weiter untersucht werden, ob nicht über eine Konturierung und Einordnung der "bloßen" Nichtaufnahme von Geschäftsbeziehungen insoweit eine negative Abgrenzung erreicht werden kann.

- Drohung mit einer Nichtaufnahme von Geschäftsbeziehungen

Daß überhaupt eine solche Abgrenzung möglich sein muß, folgt jedenfalls aus zahlreichen Äußerungen im Schrifttum. ¹⁾

Nun hat zwar der Bundesgerichtshof im Wetterschutzanzüge-Fall ²⁾ zu dem der Frage der Drohung mit einem

1) So differenziert z.B. Benisch, in: Gemeinschaftskommentar § 25 Rn. 15, zwischen der Ablehnung, neue Geschäftsverbindungen einzugehen und dem Lieferabbruch. Auch Belke, Geschäftsverweigerung S. 382 beschränkt seine Ausführungen auf den Lieferabbruch. Differenzierend auch OLG Hamburg, WuW/E OLG 352. Ebenfalls von dieser Differenzierung geht Niederleithinger, NJW 1964, 1936, 1938 (m. weit. Nachw.) aus. Der Verf. gelangt aber zu keiner unterschiedlichen Würdigung. Wie dieser auch Gutzler, BB 1966, 390, 394.

2) Vgl. S. 69 f.

empfindlichen Übel gleichgelagerten Problem der Drohung mit einem Nachteil bei § 25 Abs. 1 (a.F.) GWB ausgeführt, daß die Weigerung eines nicht marktbeherrschenden Unternehmens, eine neue Geschäftsverbindung einzugehen und einen verbindlichen Liefervertrag abzuschließen, den Tatbestand des § 25 Abs. 1 (a.F.) GWB erfüllen könne. Der Entscheidung lag aber ein Sachverhalt zugrunde, in dem zwar noch kein Vertrag abgeschlossen war, aber doch schon engere Beziehungen begründet worden waren.

Das Gericht bekräftigte zunächst, daß ein nicht nach § 26 Abs. 2 GWB zum Abschluß verpflichtetes Unternehmen in der Regel frei entscheiden könne, an wen und zu welchen Bedingungen es liefern wolle.¹⁾ Es bestehe somit kein Kontrahierungszwang. Die Schutzfunktion des § 25 GWB könne jedoch auch in den Fällen Platz greifen, in denen ein Hersteller oder Lieferant schon vor Abschluß eines verbindlichen Liefervertrages seinen zukünftigen Geschäftspartner durch Androhung oder Zufügung von Nachteilen in seiner wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit beschränken wolle.

Die Weigerung, eine Geschäftsverbindung neu einzugehen, erfülle jedenfalls dann den Tatbestand des § 25 Abs. 1 (a.F.) GWB, wenn die Aufnahme geschäftlicher Beziehungen zunächst bedingungslos in Aussicht gestellt worden war²⁾ und der zukünftige Geschäftspartner im Hinblick auf

1) Unter Berufung auf BGHZ 44, 279, 283.

2) Im gleichen Sinne will auch Schroeder, JR 1977, 357, 358, generalisierend darauf abstellen, ob "beim Opfer eine gewisse Erwartung ... geweckt wurde".

den bevorstehenden Vertragsabschluß bereits Aufwendungen gemacht habe - wie hier die Herausgabe von 2000 Werbeschriften - und eine Beschaffung von Ersatz für die erwünschte Ware so gut wie ausgeschlossen sei.

Für den Fall, in dem sich potentielle Vertragspartner noch "auf Distanz" gegenüberstehen, fällt die Entscheidung somit keine Aussage. So hat auch erst in jüngster Zeit das Landgericht Mannheim¹⁾ festgestellt, daß die Schutzwürdigkeit eines nicht belieferten "newcomers" wesentlich geringer sei als die eines Händlers, dessen Unternehmen schon jahrelang in vollem Geschäftsumfang bestünde (und somit wohl auch bereits beliefert worden ist).

Für die ähnlich gelagerte Konstellation bei der Begründung oder Auflösung eines Arbeitsverhältnisses ergibt sich im übrigen das gleiche, dort allerdings schon häufiger diskutierte, strittige Problem:

So führt beispielsweise Schäfer²⁾ unter Hinweis auf ein häufig zitiertes Lehrbuchbeispiel³⁾ aus, es liege "Nötigung vor, wenn der Arbeitgeber die Einstellung einer arbeitslosen Frau davon abhängig macht, daß sie sich ihm hingibt; es liegt nicht anders, als wenn er die Abstandnahme von der beabsichtigten Entlassung einer Angestellten an eine solche Bedingung knüpft". Diese Auffassung ist aber auf verbreiteten

1) Unveröffentlichte Entscheidung vom 13.2.1976 Az. 7 O.96/75.

2) Schäfer, in: LK § 240 Rn. 72.

3) Vgl. z.B. schon Schröder, in: Schönke-Schröder (9. Aufl. 1959) § 240 Anm. V 2; erwähnt wird diese Konstellation auch im Alternativ-Entwurf, Besonderer Teil, Straftaten gegen die Person, 1. Halbb. (1970), S. 65.

Widerspruch ¹⁾ getroffen. Eine eigene Stellungnahme kann im übrigen an dieser Stelle dahinstehen. Wichtig ist im vorliegenden Zusammenhang nur die Feststellung, daß im Grundsatz Rechtsprechung und Literatur sowohl bei der Auslegung des § 25 Abs. 2 GWB als auch des § 240 StGB einen möglichen sachgesetzlichen Unterschied zwischen der Nichtaufnahme von Geschäftsbeziehungen (Nichteinstellung) und dem Lieferabbruch (Kündigung) anerkennen.

Formal sind die Kriterien des Abbruchs bzw. der Nichtaufnahme somit negativ so voneinander abzugrenzen, daß dann noch keine Geschäftsbeziehungen bestehen (und abgebrochen werden können), wenn weder Vertragsschluß noch Leistungsaustausch erfolgt sind und auch keiner der Partner im Hinblick auf das vorzunehmende Geschäft Aufwendungen gemacht hat, die es für ihn nicht mehr als beliebig erscheinen lassen, mit wem er letztlich das Geschäft abschließt.

Inhaltlich stellt sich nunmehr die Frage, ob man, von der Prämisse ausgehend ²⁾, daß sowohl die Nichtbeliefe-

1) Vgl. Arzt BT LH I S. 193; Tiedemann, Wettbewerb und Strafrecht S. 22.

2) Nicht immer ist freilich evident, daß das angedrohte Verhalten ein Unterlassen und kein positives Tun darstellt.

Maßgeblich für die Entscheidung dieser Frage ist, ob man den Schwerpunkt dieses Vorgangs im Abbruch der Beziehung (positives Tun) oder im Nicht-mehr-Beliefern (Unterlassen) sieht.

Für den ähnlich gelagerten Fall des Arbeitsverhält-

zung als auch der Lieferabbruch als Unterlassen zu qualifizieren sind, gleichwohl für die Beantwortung der Frage, ob dieses Unterlassen ein empfindliches Übel darstellt, zu unterschiedlichen Ergebnissen gelangen kann.

nisses geht Schäfer, Leipziger Kommentar § 240 Rn. 72 (ebenso Maurach, BT (5. Aufl.) S. 119) als selbstverständlich davon aus, daß die Androhung der Kündigung, mit der ein Arbeitgeber eine Angestellte zur sexuellen Hingabe bewegen will, die Drohung mit einem positiven Tun darstellt.

Dafür finden sich sicherlich auch gute Argumente: Wendet man die Grundsätze an, die die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Abgrenzung von positivem Tun und Unterlassen aufgestellt hat, ist der "Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit" maßgeblich.

Im Arbeitsverhältnis als einer auf Kontinuität angelegten sozialen Beziehung bedeutet nun aber die Weiterbeschäftigung den Normalfall und Status quo. Das Einstellungs- und Kündigungsgebarren des Arbeitgebers zeichnet sich im Normalfall insoweit gerade durch ein Unterlassen aus. Eine Änderung dieses Zustandes erfolgt erst durch den positiven Kündigungsakt der das Arbeitsverhältnis auflöst und dabei vielerlei Rechtsfolgen auslöst. Daß nicht so sehr die Weiterbeschäftigung als solche sondern der Kündigungsakt den maßgeblichen Streitgegenstand darstellt, spiegelt auch die Rechtstechnik wider: Auf die Kündigungsschutzklage nach dem Kündigungsschutzgesetz ergeht ein Feststellungsurteil über die soziale Rechtfertigung der Kündigung.

Dann ist aber auch zu fragen, ob nicht die Fälle, in denen zum Beispiel die Kündigung eines Dauerschuldverhältnisses auf Belieferung mit Elektrizität o.ä. angedroht wird, genauso zu behandeln ist.

Für die vergleichbare Problematik beim Streik stellt schließlich Niese, Streik und Strafrecht, S. 23 ff., 25, ausdrücklich fest, daß dieser "den sozialen Charakter eines positiven Tuns" trage.

Den Sachverhalten der Entscheidungen im Munitionsfabriken-Fall und im Fleischbeschauer-Fall als auch der Entscheidung im Wetterschutzanzüge-Fall ist gemeinsam, daß zwischen den Beteiligten bereits Geschäftsbeziehungen bestanden.

So hatte die Nürnberger Munitionsfabrik ihren Abnehmer schon häufig beliefert und hatten auch die angeklagten Metzgermeister den expressesten Fleischbeschauer routinemäßig immer mit der Fleischschau beauftragt. Im Wetterschutzanzüge-Fall waren die Parteien immerhin über das Stadium der bloßen Vertragsverhandlungen hinausge-
langt. Der potentielle Abnehmer hatte bereits Werbeschreiben versandt und der Lieferant einen Liefertermin genannt, so daß es - von der Möglichkeit der Ersatzbeschaffung einmal ganz abgesehen - schon aus diesem Grunde für den Abnehmer nicht mehr gleichgültig war, ob er sich nach einem anderen Lieferanten umsehen mußte.

In allen diesen Fällen stellt der Abbruch der Geschäftsbeziehungen für die Betroffenen ein eigenständiges Übel (bzw. einen Nachteil) dar, wenn der konkrete Partner seine Lieferungen nicht mehr fortsetzen will etc. Selbst wenn Ersatz sich relativ leicht beschaffen läßt, bedeutet dies doch Mühe, sei es bei der Auswahl der Ersatzangebote, sei es beim Vorgang des Neuabschlusses oder auch bei der Umdisposition im eigenen Betrieb, worauf Gutzler hingewiesen hat.¹⁾

1) Gutzler, NJW 1963, 1887 f., 1887.

Nun bereitet zwar auch die Neubegründung von Geschäftsbeziehungen im wesentlichen diese erwähnten Schwierigkeiten. Im Unterschied zum Fall des Abbruchs sind diese Mühen dann aber unvermeidbar und liegen in der Natur der Sache. Es handelt sich hier um keinen Nachteil, der man einem anderen zufügt.

Daraus folgt, daß sich zwar aus einer selbst langdauernden Geschäftsverbindung noch keine Rechtspflicht zu ihrer Aufrechterhaltung entwickelt. Sobald aber eine Geschäftsbeziehung begründet worden ist, hat der Partner eine Position inne, deren Beseitigung für ihn einen Nachteil darstellt, der i.S.d. § 240 StGB auch "angedroht" werden kann.

Dieses Ergebnis kann auch mit dem hermeneutischen Hilfsmittel einer Aufteilung von "Sphären" verdeutlicht werden. Für das zitierte Lehrbuchbeispiel der arbeitslosen Frau, deren potentieller Arbeitgeber erklärt, er werde sie nur einstellen, wenn sie sich ihm hingebe, bedeutet dies zum Beispiel: die Fortdauer der Arbeitslosigkeit droht nicht spezifisch wegen eines Verhaltens ~~deses~~ konkreten Arbeitgebers sondern besteht unabhängig von dessen Zutun oder Unterlassen. Die Stellungslosigkeit der Frau ist deren eigener Sphäre - bzw. jedenfalls nicht der Sphäre des potentiellen Arbeitgebers - zurechenbar. Es ist kein Gesichtspunkt ersichtlich, nach ~~dem~~ der Arbeitgeber gerade diese stellungslose Arbeitskraft einstellen sollte. Mit gleichen Gründen wäre sonst auch die Stellungslosigkeit jedes anderen geeigneten Arbeitssuchenden gerade diesem Arbeitgeber zuzurechnen.

- Die Konzeption der Verfasser des Alternativ-Entwurf

Die Verfasser des Alternativ-Entwurfs eines Strafgesetzbuches schlagen demgegenüber de lege ferenda eine erheblich weitergehende Einschränkung der Fälle vor, in denen die Drohung mit einer Unterlassung den Nötigungstatbestand erfüllt.¹⁾ Nach § 116 Abs. 2 Nr. 3 AE soll eine Drohung "außer Betracht" bleiben, "wenn mit einem straflosen Unterlassen, mit einer Selbsttötung oder einer sonstigen Handlung gedroht wird, die nicht in Rechtsgütern des Betroffenen, eines Angehörigen oder einer ihm nahestehenden Person eingreift".

Hiermit sollen die "wichtigsten drei Gruppen nichtstrafwürdigen sozialen Zwanges aus dem Nötigungstatbestand eliminiert" werden. Nach dem Willen der Verfasser soll auch "die Drohung mit der Nichterfüllung einer Vertragspflicht und insbesondere mit gewaltlosem Streik (d.h. mit dem straflosen Unterlassen der Vertragserfüllung)" generell für straflos erklärt werden. Es erscheine "nicht tunlich, mit dem scharfen Mittel des Strafrechts in Streitigkeiten über die Reichweite von Vertragspflichten einzugreifen". Hier habe das Zivilrecht hinreichenden Schutz zu gewährleisten. Auch gegenüber Streikdrohungen gelte, daß das Strafrecht nicht das richtige Mittel sei, um die Auseinandersetzung widerstreitender Interessengruppen zu beschränken oder gar hintanzuhalten.²⁾

1) Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Besonderer Teil, Straftaten gegen die Person, Erster Halbband (1970), S. 62 ff.

2) Alternativ-Entwurf (a.a.O.,Fn.1) , S. 65 f.

Wenn auch der Versuch einer Konkretisierung der Generalklausel des § 240 Abs. 2 StGB mit Hilfe von Fallgruppen angesichts der Weite des Nötigungstatbestandes einen richtigen Weg zu bieten verspricht ¹⁾, mutet doch die von den Verfassern des AE vorgeschlagene Einschränkung etwas undifferenziert an. So bliebe zum Beispiel nach dem Alternativ-Entwurf die Drohung eines marktbeherrschenden Herstellers gegenüber dem von ihm abhängigen Abnehmer, mit dem dieser ein sachfremdes, inkonnexes Verhalten erzwingen will (z.B. Vorteile im privaten Bereich) straflos. ²⁾ Insbesondere vermag auch die Begründung der Verfasser nicht durchweg zu überzeugen. Wie schon das erwähnte Beispiel zeigt, würde die vorgeschlagene Exemption vom Strafrecht nicht nur zivilrechtliche Streitigkeiten wie z.B. über Inhalt oder Umfang von Vertragspflichten umfassen, sondern auch die Fälle eindeutig mißbilligenswerter sachfremder Kopplung von Machtstellung und Interessenverfolgung.

Im Hinblick auf die hier interessierende Problematik wäre nach dem Vorschlag der Verfasser des AE jedenfalls keine strafbare Nötigung gegeben.

-
- 1) Vgl. Tiedemann, Fälle und Entscheidungen zum Strafrecht - BT (2. Aufl. 1977), S. 49 f.; Arzt, BT LH 1, S. 193.
- 2) Allenfalls wäre zu erwägen, ob nicht hinreicht, daß ein Verstoß gegen eines der Verbote des GWB, z.B. § 26 Abs. 2 i.V.m. § 38 Abs. 1 Nr. 1, angedroht wird. Dann dürfte aber ordnungswidriges Verhalten nicht ein strafloses Unterlassen i.S.d. § 116 Abs. 2 Nr. 3 AE bedeuten. Im Hinblick darauf, daß es sich aber auch sonst nach der Systematik des StGB bei strafbarem Verhalten nicht lediglich um Ordnungswidrigkeiten handelt (vgl. Schönke/Schröder/Eser § 11 Rn. 43 m. weit. Nachw.), muß letzteres jedoch wohl bejaht werden, auch wenn die Verf. des AE in der Begründung allgemeiner von "nicht rechtspflichtwidrigem Unterlassen" (S. 65) sprechen.

II. Die Rechtswidrigkeit der Nötigung im Sinne des § 240 Abs. 2 StGB

Die Zweck-Mittel-Relation des § 240 Abs. 2 StGB übt die Funktion aus, den Straftatbestand der Nötigung auf ein Exzessverbot zu reduzieren.¹⁾ Nicht jede tatbestandsmäßige Nötigung ist rechtswidrig, sondern nur diejenige, die "verwerflich" ist. Versuche, die "Verwerflichkeit" der Nötigung begrifflich exakt zu umschreiben, sind jedoch nur von geringem Erfolg gekrönt worden. Die meisten Definitionsversuche bleiben ihrerseits noch recht unbestimmt bzw. sind tautologisch oder pleonastisch.²⁾

Immerhin hat es die Rechtsprechung vermocht, an die Stelle der allgemein gehaltenen Frage, ob die Nötigungshandlung zu dem erstrebten Zweck sittlich zu mißbilligen³⁾ oder unter Beachtung des Rechtsempfinden des Volkes anstößig sei⁴⁾, jedenfalls etwas präzisere Maßstäbe zu setzen. So ist nach einer Entscheidung des Bundesgerichtshofs im 17. Band "die Grenze der Strafwürdigkeit erst (dann) erreicht ..., wenn das Vorgehen des Täters unter

1) Arzt, BT LH 1, S. 184, 191.

2) Vgl. dazu Schäfer, in: Leipziger Kommentar § 240 Anm. 63 a.E. mit zahlr. weit. Nachw. Der Umstand, daß das verfassungsrechtliche Bestimmtheitsgebot aus Art. 103 Abs. 2 GG bei der Auslegung des § 240 Abs. 2 StGB eine interpretatorische Beschränkung auf allgemein anerkannte Beurteilungen fordert (vgl. dazu BGHSt 4, 24, 32; Jescheck, AT, S. 102; Tiedemann, Wettbewerb und Strafrecht, S. 24; ders., JZ 1969, 717, 723 m. weit. Nachw. steigert diese Schwierigkeiten nur noch.

3) BGHSt 2, 194, 196.

4) Vgl. z.B. BGHSt 5, 254, 256 m. Nachw.

Berücksichtigung aller Umstände eindeutig so anstößig ist, daß es als gröberer Angriff auf die Entschlußfreiheit anderer der Zurechtweisung mit den Mitteln des Strafrechts bedarf".¹⁾ Nach diesem Verständnis weist die Verwendung des Wortes verwerflich auf einen erhöhten Grad sittlicher Mißbilligung hin. Nach einer Vielzahl daran anschließender Formulierungen kommt es darauf an, ob ein Verhalten "nach richtigem allgemeinem Urteil sittlich zu mißbilligen" sei, ob es sittlich besonders zu mißbilligen sei und als schwerwiegendes Unrecht zu gelten habe oder ob ein Verhalten "von jedem Verständigen sittlich mißbilligt und als sozial unerträglich, als Unrecht empfunden" werde.²⁾

Im folgenden wird zu erörtern sein, ob mit Hilfe dieser von der Rechtsprechung zur Hand gegebenen Umschreibungen oder unter Verwendung der in der Literatur entwickelten Fallgruppen³⁾ der (kriminal)strafwürdige "harte Kern" der hier interessierenden Wettbewerbsbeschränkungen ausgegrenzt werden kann.

1) BGHSt 17, 328, 332.

2) BGHSt 18, 389, 393. Vgl. weiter die Rechtsprechungsnachweise bei Schäfer, in: LK § 240 Anm. 63; gegen das Erfordernis eines gesteigerten Unwerturteils allerdings Schönke/Schröder/Eser, § 240 Rn. 17.

3) Vgl. dazu insbesondere Roxin, Verwerflichkeit und Sittenwidrigkeit als unrechtsbegründende Merkmale im Strafrecht, JuS 1964, 373 ff.; Hansen, Die tatbestandliche Erfassung von Nötigungsunrecht (1972); Busse, Nötigung im Straßenverkehr (1968).

1) Die Rechtswidrigkeit im Sinne des § 240

Abs. 2 StGB bei der Boykottaufforderung

Zu prüfen bleibt zunächst, ob bereits der Umstand, daß eine Boykottaufforderung den Ordnungswidrigkeitentatbestand des § 26 Abs. 1 in Verbindung mit § 38 Abs. 1 Nr. 8 GWB erfüllt, das strafrechtliche Verwerflichkeitsurteil präjudiziert.

Die letztere Auffassung vertreten Baumann und Arzt.¹⁾

Nach diesen Autoren sind nach dem GWB unzulässige Mittel oder Zwecke regelmäßig i.S.d. § 240 Abs. 2 StGB "verwerflich" und entscheiden somit Normen des GWB über Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit einer Nötigung.²⁾ Im Ergebnis hat diese Auffassung zur Konsequenz, daß die Erfüllung eines Verbotstatbestands des GWB "faktisch die Rechtswidrigkeit der Nötigung ... indiziert"³⁾, und dies, obwohl Baumann und Arzt selbst ausführen, daß die Frage der "Rechtfertigung oder Rechtswidrigkeit nach § 240 (2) StGB" um so wichtiger werde, "je mehr die Nötigungsmittel (Gewalt oder Drohung mit einem empfindlichen Übel) in der Rechtsprechung ausgeübt und verflacht" würden und (damit) die tatbestandsmäßigen Handlungen zunähmen.⁴⁾

Auf das Problematische an dieser Position weist insbeson-

1) Baumann/Arzt, ZHR Bd. 134 (1970), S. 40, 44.

2) Baumann/Arzt, ZHR Bd. 134 (1970), S. 44.

3) Thomas, Perspektiven der Anwendung strafrechtlicher Tatbestände bei kartellrechtlichen Verstößen, WuW 1974, S. 20 ff., 23.

4) Baumann/Arzt, ZHR Bd. 134 (1970), S. 44.

dere Thomas¹⁾ hin. Der Autor führt zutreffend aus, daß für die Verwerflichkeit der Mittel-Zweck-Relation "die Mißbilligung des Zwecks durch das Kartellgesetz nicht schlechthin strafbarkeitsbegründend" wirkt.²⁾

Er verweist in diesem Zusammenhang auf die ähnlich gelagerte Problematik, die sich aus dem Verhältnis der Verkehrsordnungswidrigkeiten nach §§ 1 StVO, 24 StVG zum strafrechtlichen Nötigungstatbestand ergibt, und beruft sich dabei vor allem auf die einschlägige Untersuchung Busses.³⁾

Busse legt dar, daß § 240 StGB nicht nur die Funktion habe, den strafrechtlich mißbilligungswerten vom zu dulden Willenszwang abzugrenzen, sondern auch diejenige, "den gerade i.S.v. § 240 II mißbilligungswerten vom weniger gravierenden zu scheiden".⁴⁾ Andernfalls wäre nämlich jede vorsätzliche Behinderung i.S.v. § 1 StVO, bei der Gewalt vorläge, eine verwerfliche Nötigung.

Eine solche "mittelbare Teilaufwertung"⁵⁾ habe aber der

1) Thomas, WuW 1974, S. 23.

2) Thomas, WuW 1974, S. 24.

3) Busse, Nötigung im Straßenverkehr.

4) Busse, Nötigung S. 168 ff.; besonders deutlich in dieser Richtung auch Arzt, BT LH 1, S. 184: "... darf vom Strafrecht und darf von § 240 nicht erwartet werden, daß Konflikte bei der Freiheitsbetätigung so schneidig entschieden werden, daß schon eine leichte Grenzüberschreitung zur strafrechtlichen Reaktion führt. Auch hier gilt die Stufung: (1) Erlaubte Freiheitsbetätigung (2) Rechtswidrige Freiheitsbetätigung (aber nicht strafbar nach § 240); (3) Freiheitsbetätigung, die gesteigertes Unrecht verwirklicht (= "verwerflich", § 240 II) und als Nötigung zu bestrafen ist".

5) So Thomas, WuW 1974, S. 29.

Gesetzgeber sicherlich nicht gewollt.¹⁾

Als selbstverständlich liegt dieser Überlegung die inzwischen allgemein akzeptierte Prämisse zugrunde, daß es sich bei dem Begriff des Unrechts um einen graduierbaren Maßstab handelt, der im Gegensatz zum Kriterium der Rechtswidrigkeit zu keiner alternativen Entscheidung zwingt.²⁾ Den Auffassungen von Busse und Thomas stimmt für den Bereich des Wettbewerbsrechts insbesondere Tiedemann zu.³⁾ Danach ist zum Beispiel im Fall des § 25 Abs. 1 GWB (bei der Verfolgung kartellrechtswidriger Zwecke) die kartellrechtliche Wertentscheidung für das Verwerflichkeitsurteil des § 240 Abs. 2 StGB "nicht strikt bindend". Allerdings soll dadurch die sozioethische Gesamtwertung des Nötigungsverhaltens maßgebend beeinflusst werden.⁴⁾ Im Fall des § 25 Abs. 3 GWB (bei dem die Anwendung von Zwang auf ein erlaubtes Verhalten zielt) könne hingegen erst ein besonderes Maß sozioethischer Mißbilligung das Verwerflichkeitsurteil begründen.⁵⁾

1) Busse, Nötigung S. 168. Vgl. allerdings auch BGHSt 19, 263, 267 f.

2) Vgl. Busse, Nötigung S. 166 ff., 171; Welzel, (11. Aufl.), S. 58 f. mit Nachw. Vgl. ferner auch Tiedemann, Literaturbericht, JurA 1970 (StR) 77 ff., 81.

3) Tiedemann, Wettbewerb und Strafrecht, S. 23; ders., Kartellrechtsverstöße S. 122.

4) Tiedemann, Kartellrechtsverstöße S. 122.

5) Tiedemann, Kartellrechtsverstöße S. 124.

Wenn aber das Ausmaß des für die Erfüllung des jeweiligen Tatbestandes erforderlichen Unrechts verschieden groß ist und die Wettbewerbswidrigkeit einer Handlung nicht deren Verwerflichkeit im Sinne der Mittel-Zweck-Relation präjudiziert, müssen, wie Thomas¹⁾ zu Recht bemerkt, bei der Prüfung des § 240 Abs. 2 StGB eigenständige Kriterien herangezogen bzw. neu erarbeitet werden.

Allerdings bietet sich für die Aufgabe, "für den spezifischen Bereich des wirtschaftlichen Zwangs im Wettbewerb überzeugende Regeln zur Abgrenzung der verwerflichen von der zwar tatbestandsmäßigen, vom Strafrecht aber noch gebilligten Nötigung zu entwickeln"²⁾, nicht der leichtgängige Weg, den Busse bei der parallelen Problematik im Straßenverkehrsrecht beschreitet. Busse stellt nämlich insbesondere darauf ab, ob das fragliche Verhalten zugleich gegen andere Vergehenstatbestände des Verkehrsstrafrechts, z.B. die §§ 315 b, c verstößt.³⁾ Tatbestände, welche durch die Anwendung wirtschaftlichen Zwangs idealiter konkurrierend verwirklicht werden könnten, kennt das Strafrecht (und auch das Nebenstrafrecht) nun aber nicht.

Allenfalls könnte man erwägen, die "Verdinglichung", die

1) Thomas, WuW 1974, S. 23.

2) Thomas, WuW 1974, S. 23 f.

3) Busse, Nötigung S. 180 ff. Vgl. dazu auch BGHSt 18, 389; OLG Köln NJW 68, 1892 = VRS 36, 44 sowie OLG Hamm VRS 22, 50 zum Kriterium der Gefährdung von Menschen oder Sachen. Vgl. ferner Schönte/Schröder/Eser § 240 Rn. 20.

der eingerichtete und ausgeübte Gewerbebetrieb im Zivilrecht erfahren hat¹⁾, für den Fall des Boykotts unter dem Gesichtspunkt der Sachbeschädigung²⁾ fruchtbar zu machen. In der Tat kann es unter dem Gesichtspunkt der Strafwürdigkeit keinen großen Unterschied ausmachen, ob durch Sabotage eine Fabrikationsanlage beschädigt wird oder durch eine Boykottaufforderung ein Unternehmen als Sachgesamtheit im schlimmsten Falle sogar in den Ruin getrieben wird. Im Hinblick auf den dem objektiven Tatbestand zugrundeliegenden engen Sachbegriff erscheint eine Gleichstellung auf dem unmittelbaren Wege extensiver Auslegung aber ausgeschlossen.³⁾

Immerhin ist gleichwohl überlegenswert, ob nicht doch mit einer nur sinngemäß vergleichenden Argumentation aus § 303 ff. StGB eine Parallele gezogen werden kann, die eine Abgrenzung zwischen strafwürdigem und lediglich ordnungswidrigem Boykott erlaubt. Eine solche Parallele liegt um so näher, als auch die Rechtsprechung zu § 303 StGB seit langem von der engen Voraussetzung einer Substanzverletzung abgekommen ist und nur noch verlangt, daß durch die Beschädigung die bestimmungsmäßige Brauch-

1) Dazu insbesondere Polzius, Zulässigkeit und Grenzen des wirtschaftlichen Boykotts (iur. Diss. Köln 1961), S. 3 ff. mit Nachw. Zusammenfassend Fikentscher, in: Kronstein-Festgabe (1967), S. 262 ff.

2) Vgl. hierzu auch Lampe, Tagungsberichte Bd. 8, Anlage 4 S. 53 f.

3) Tiedemann, Kartellrechtsverstöße S. 127. Ebenso unter dem Gesichtspunkt möglicher "Betriebssabotage" Lampe ZStW Bd. 89 (1977), 325 ff., 347, 354.

barkeit der Sache nicht nur geringfügig beeinträchtigt wird.¹⁾ Die Funktionsfähigkeit des Gewerbebetriebes wird aber durch wirkungsvolle Boykottmaßnahmen in eben diesem gleichem Maße tangiert.

Als Richtschnur dafür, ob ein i.S.d. § 240 Abs. 2 StGB "verwerflicher" Boykottaufruf vorliegt, könnte somit die Überlegung dienen, ob durch ihn die Substanz oder die Funktionsfähigkeit eines Unternehmens nicht nur geringfügig beeinträchtigt werden, oder ob nur eine Störung der "laufenden Geschäfte" gegeben ist, die das Verwerflichkeitsurteil noch nicht begründen könnte.²⁾

Im Gegensatz hierzu schlägt Thomas "als weiteres konstituierendes Element" das einschränkende Kriterium der Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung durch den Drohenden (potentiellen Verrufer) vor.³⁾ Dagegen ist vor allem einzuwenden, daß nach der üblichen Systematik des Strafgesetzbuches die strafbarkeitsbegründende Innehabung einer bestimmten Position durch den Täter ein Problem des

1) BGHSt 13, 207, 208 m. Nachw.; so auch schon RGSt 74, 13; vgl. weiter die Nachweise bei Schönke/Schröder/Stree § 303 Rn. 8 ff.

2) Allerdings muß man sich darüber im klaren sein, daß die erweiterte Auslegung des § 303 StGB immerhin an die Beeinträchtigung der Funktionstauglichkeit körperlicher Gegenstände gebunden bleibt, während es sich hier um die Störung von Interaktionsprozessen handelt. Weiter in diesem Sinne geht aber zum Beispiel nunmehr auch der Vorschlag eines Tatbestandes der "Wirtschaftssabotage", § 179 AE. Vgl. Alternativ-Entwurf, BT, Straftaten gegen die Wirtschaft (1977), S. 45, 47 f.

3) Thomas, WuW 1974, 20, 24.

objektiven Tatbestandes darstellt. Wenn Thomas gegen diesen Einwand selbst ausführt, es seien durchaus Fälle denkbar, in denen nicht nur derjenige, der eine marktbeherrschende Position besitze, zur Drohung mit erheblichen Nachteilen in der Lage sei¹⁾, ist dies zweifellos richtig. Dieses Argument beweist aber gerade, daß in Wirklichkeit nicht die Position des Verrufers, sondern die Auswirkung der Boykottaufforderung das für strafwürdiges Nötigungsunrecht konstitutive Kriterium darstellt. Das belegt Thomas auch selbst, wenn er bei der Erörterung des Auto-Analyzer-Falles²⁾ ausführt, daß sich die Verwerflichkeit hier aus der Tatsache ergeben, "daß die Nichteinschaltung anerkannter und qualifizierter Speziallaboratorien bei komplizierten Untersuchungen die Gefahr von Fehldiagnosen und die einer fehlerhaften Behandlung der Patienten" erhöhe.³⁾ So seien "hochwertige Rechtsgüter wie Gesundheit und Leben gefährdet, um eine Monopolstellung aufrechtzuerhalten".

Seinem Schwerpunkt nach gründet sich dieses Verwerflichkeitsurteil somit auf die durch den Boykottaufruf verursachten Folgen, nicht dagegen auf die Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung.

Zu dem als Beispiel erwähnten Auto-Analyzer-Fall muß weiterhin angemerkt werden - was Thomas nicht hinreichend

1) Thomas, WuW 1974, 20, 24.

2) Vgl. S. 73 f.

3) Thomas, WuW 1974, 20, 25 .

deutlich macht - , daß in jenem Boykottaufruf nur eine Nötigung der Kassenärzte, nicht aber der boykottierten Service-Firmen, liegen könnte. Das spezifische Boykottunrecht (gegenüber dem Verrufenen) würde damit durch eine Anwendung des § 240 StGB auf keinen Fall erfaßt. Auch begründeten die von Thomas geschilderten möglichen Auswirkungen der Verrufserklärung nicht einen gesteigerten Unwert des Verruferverhaltens gerade gegenüber dem Gesperrten oder gegenüber dem Sperrer, sondern traten diese gegenüber Dritten - den Patienten - zutage.

Dieser Umstand könnte allerdings bei der Prüfung des § 240 Abs. 2 StGB insofern vernachlässigt werden, als nicht etwa eine besondere interpersonelle Moralwidrigkeit gerade im Verhältnis zwischen Nötiger und Genötigtem vorliegen muß, sondern das Ausmaß der objektivierbaren Sozialwidrigkeit¹⁾ die entscheidende Rolle spielt. Die mögliche Beeinträchtigung der Belange Dritter ist hierfür ebenfalls ein Kriterium.

Auch dann müssen aber entsprechende Auswirkungen der Verrufserklärung in das (vom Vorsatz umfaßte) Gefüge der Zweck-Mittel-Relation eingeordnet werden können. Im Auto-Analytiker-Fall müßte also die Gefährdung oder Schädigung der Patienten von der Zwecksetzung der Verrufer mit umfaßt worden sein.

Stellt man hierfür auf die von einem Teil der Lehre vertretene sog. enge Zweck-Mittel-Relation ab, nach der

1) Vgl. zu diesem Kriterium insbes. Roxin, JuS 1964, 373, 376 ff.

Zweck und Nötigungserfolg identisch sind ¹⁾, läge der Zweck aber im Abbruch der Beziehungen zwischen Kassenärzten und Service-Firmen. Nach der wohl überwiegend vertretenen weiten Zweck-Mittel-Relation ²⁾ bestünde er dagegen (weiter) allenfalls in der Wahrung des hergebrachten Berufsbildes oder ähnlichem. Nach beiden Lehren wären dagegen die geschilderten Folgen nicht vom Nötigungszweck erfaßt. Daß die betroffene kassenärztliche Vereinigung und die Landesärztekammer die Gefährdung oder Schädigung von Patienten als notwendige Folge in ihren Willen mitaufgenommen haben sollte, kann nämlich ausgeschlossen werden. Überdies wird für den Zweck i.S.d. § 240 Abs. 2 StGB - die hier noch unwahrscheinlichere - Absicht im Sinne zielgerichteten Handelns ³⁾ verlangt.

Auch die Wettbewerbswidrigkeit des vom Verrufer verfolgten Zwecks als solche reicht noch nicht für das Verwerflichkeitsurteil im Sinne des § 240 Abs. 2 StGB hin, sondern es müssen zusätzliche Verwerflichkeitsmerkmale hinzutreten. Die schon erwähnte Parallele zu § 303 StGB sowie eine Argumentation aus den Tatbeständen der Kredit-

1) Arzt, Zum Zweck und Mittel der Nötigung, in: Welzel-Festschrift (1974), S. 823 ff., 828 ff.; Schäfer, in: Leipziger Kommentar, § 240 Rn. 62; so auch BGHSt 5, 245, 246; BGHSt 23, 46, 55.

2) Schönke/Schröder/Eser § 240 Rn. 24? Hansen, a.a.O. (S.273, Fn.3), S.100; BGHSt 17, 328, 332; BGHSt 18, 389, 392.

3) Vgl. Horn, in! SK § 240 Rn. 7? Maurach-Schroeder, BT, Teilb. 1, S. 132; Schönke/Schröder/Eser § 240 Rn. 27.

gefährdung des § 187 StGB und insbesondere der geschäftlichen Verleumdung des § 15 UWG¹⁾ als auch ein Vergleich mit der Betriebssabotage²⁾ bieten hierfür Maßstäbe.

Der Gesichtspunkt der Verwerflichkeit des Mittels hat demgegenüber geringere Bedeutung.

Der Umstand, daß eine Verrufserklärung als solche vorliegt, muß unbeachtet bleiben, da diese ohnehin die notwendige Voraussetzung für jegliche Tatbestandserfüllung (also auch von § 26 Abs. 1 GWB) darstellt. Von einem i. S.d. § 240 Abs. 2 StGB verwerflichen Mittel kann aber z.B. dann die Rede sein, wenn wegen des ehr- oder (insbesondere) kreditgefährdenden Charakters der Boykottaufrorderung zugleich die §§ 185 ff. StGB verwirklicht sind. Weiterhin wird es sich um den Einsatz eines verwerflichen Mittels handeln, wenn das Verhalten des Verrufers zugleich gegenüber dem Sperrer noch besonderen Unwert in sich birgt. Vor allem sind damit die Fälle gemeint, in denen der Verrufer dem Sperrer für den Fall der Nichtbefolgung seines Aufrufs Nachteile in Aussicht stellt - wie z.B. im Auto-Analyzer-Fall - oder ihm gegenüber Gewalt anwendet. Hier kann gleichzeitig auch eine eigenständige Nötigung gegenüber dem Sperrer vorliegen (im Auto-Analyzer-Fall: nur hier), die die Verwerflichkeit der Nötigung des Gesperrten mitkonstituieren könnte. Allerdings präjudiziert de lege lata ein ordnungswidriges Verhalten des Verrufers nach § 25 Abs. 2 i. V. m. § 38 Abs. 1 Nr. 8 GWB allein

1) Vgl. auch Alternativ-Entwurf, BT, Straftaten gegen die Wirtschaft, § 181.

2) Vgl. Alternativ-Entwurf § 179.

die Verwerflichkeit des Mittels noch nicht.

Sofern hier im Einzelfall die Voraussetzungen des § 240 StGB bejaht werden, führt aber nicht gesteigertes wettbewerbliches Unrecht zur Kriminalstrafe, sondern akzidentuell verwirklichtes "allgemeines" Nötigungsunrecht. Ein Strafrechtsschutz des Gesperreten erfolgt somit nur mittelbar.

Es ist auch möglich, daß eine Boykottaufforderung zwar eine verwerfliche Nötigung nach § 240 Abs. 2 StGB darstellt, hingegen nicht von § 26 Abs. 1 GWB erfaßt wird.

Wegen der zahlreichen stark einschränkenden Voraussetzungen des Boykottverbots des § 26 Abs. 1 GWB, die dessen praktische Bedeutung merklich begrenzen ¹⁾, werden verschiedene gravierende Fälle des wirtschaftlichen Boykotts nicht vom Ordnungswidrigkeitensystem des GWB betroffen.

Erwähnt werden soll zum Beispiel das Erfordernis, daß der Gesperrete ein Wettbewerber des Veranlassers sein muß. So mußte im Schmuckwarenhändler-Fall das Bundeskartellamt einen Verstoß gegen das Boykottverbot mit der Begründung verneinen, daß der zur Sperre auffordernde Einzelhändlerverband als die Vereinigung von Einzelhändlern und der betroffene Schmuckwarenhersteller nicht Wettbewerber seien, sondern verschiedenen Wirtschaftsstufen angehörten. ²⁾

1) Vgl. Benisch, in: Gemeinschaftskommentar § 26 Abs. 1 Anm. 2; Emmerich, Wettbewerbsrecht, S. 142; I. Schmidt Wettbewerbspolitik S. 234 ff., 379; Tiedemann, Kartellrechtsverstöße S. 126.

2) Vgl. Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes 1966, S. 45; I. Schmidt, Wettbewerbspolitik S. 236 f. Vgl. auch S.

Sofern alle anderen - in concreto höchst selten erfüllten - Voraussetzungen des Nötigungstatbestandes gegeben sind, hindert das Nichteingreifen des Ordnungswidrigkeitstatbestandes nicht die Anwendung des Straftatbestandes. Es handelt sich hier nur um eine systematische Unzulänglichkeit des Gesetzes, nicht jedoch etwa um eine privilegierende Einstufung durch den Gesetzgeber als nur in geringerem Maße sozialetisch verwerflich.

2) Die Rechtswidrigkeit der Nötigung im Sinne des
§ 240 Abs. 2 StGB in den Fällen der §§ 25 Abs. 2,
25 Abs. 3 und 26 Abs. 2 GWB

1. Im Gegensatz zu § 26 Abs. 1 enthält § 25 Abs. 2 GWB in seiner Tatbestandsvariante der "Androhung oder Zufügung von Nachteilen" im objektiven Tatbestand ein Merkmal das der Drohung mit einem empfindlichen Übel i.S.d. § 240 StGB weitgehend entspricht.¹⁾ Darüber hinaus greift das Tatmittel der Zufügung von Nachteilen - grundsätzlich gesehen - sogar noch gravierender in die Gütersphäre des zu Nötigenden ein als deren bloße Androhung. Wie schon ausgeführt, unterfällt überdies auch die aktuelle Zufügung von Nachteilen dem Tatbestandsmerkmal der Drohung i.S.v. § 240 Abs. 1 StGB, wenn darin die Ankündigung liegt, man

1) Vgl. Benisch, in: Gemeinschaftskommentar § 25 Anm. 16 a.E.; Frankfurter Kommentar § 25 Tz. 46 ff.; Tiedemann Kartellrechtsverstöße S. 121 f.

werde die Zufügung des Übels fortsetzen. ¹⁾

Schon die Einstufung des von § 25 Abs. 2 in Verbindung mit § 38 Abs. 1 Nr. 8 GWB erfaßten Verhaltens als Ordnungswidrigkeit zeigt aber, daß der Einsatz der dort aufgeführten Mittel als solcher grundsätzlich noch nicht ausreicht, de lege lata das Vorliegen von Kriminalunrecht zu begründen. Wenn das wettbewerbsrechtliche Schrifttum bei der Auslegung des § 25 Abs. 2 GWB auf die zu § 240 StGB entwickelten Grundsätze verweist, bedeutet diese Verweisung deshalb nur, daß für die Frage der Eignung des Nachteils, der angedroht wird, zur Willensbeeinflussung derselbe Maßstab gilt wie bei § 240 StGB. ²⁾ Vom Ausmaß der Verwerflichkeit der Nötigung her besteht hingegen keine notwendige Identität:

Dies ergibt sich zum einen bereits aus der etwas geringeren Intensität der in § 25 Abs. 2 GWB vertypen Beeinflussungsmittel. Zwar wird das Merkmal der Drohung mit einem empfindlichen Übel i.S.d. § 240 sehr weit ausgelegt. Immerhin ist aber erforderlich, daß eine erhebliche Einbuße an Werten zu besorgen und der drohende Verlust geeignet ist, einen besonnenen Menschen zu dem angestrebten Verhalten zu zwingen. ³⁾ Unter Berücksichtigung des allgemeinen Wortsinns muß aber die Interpretation des Merkmals "Nachteil" (als bloßer Gegensatz zu dem von der Norm ebenfalls erwähnten "Vorteil") noch weiter ausfallen. ⁴⁾

1) Vgl. S. 225 f.

2) So besonders deutlich im Frankfurter Kommentar § 25 Tz. 47 a.E.

3) Vgl. Schönke/Schröder/Eser § 240 Rn. 9 m. Nachw.

4) Vgl. dazu die Nachw. im Frankfurter Kommentar § 25 Tz. 46.

Andererseits muß berücksichtigt werden, daß bei § 25 Abs. 2 StGB im Gegensatz zu § 240 StGB der verfolgte Zweck ohnehin in jedem Fall notwendigerweise rechtswidrig ist und deshalb das tatbestandliche Unwerturteil sich nicht zusätzlich auf das Mißbilligenswerte am eingesetzten Mittel stützen muß.

Somit liegt ein i.S.d. Zweck-Mittel-Relation des § 240 Abs. 2 StGB verwerfliches Mittel nicht bereits deshalb vor, weil i.S.v. § 25 Abs. 2 StGB tatbestandsmäßig gedroht wurde.

Für den hier besonders interessierenden Fall der Androhung einer Liefersperre bedeutet dies, daß dann, wenn mit dem Abbruch einer Geschäftsbeziehung gedroht wird, diese Drohung nicht bereits als solche "verwerflich" ist. Für das Vorliegen von "Verwerflichkeit" i.S.d. § 240 Abs. 2 StGB müssen im konkreten Fall immer noch besondere Verwerflichkeitsmerkmale hinzutreten.

2. Bei Handlungen nach § 25 Abs. 3 StGB ist die Anwendung von Zwang ¹⁾ immer auf erlaubtes Verhalten gerichtet. Soweit der angewandte Zwang in den Nötigungsmitteln des § 240 Abs. 1 besteht, sind diese nur dann "verwerflich" i.S.d. § 240 Abs. 2, wenn auf Grund besonderer Umstände ein zusätzliches Maß sozialetischer Mißbilligung hinzutritt. ²⁾

1) Vgl. dazu Frankfurter Kommentar § 25 Tz. 58.

2) Tiedemann, Kartellrechtsverstöße S. 124.

3. Die Verhängung von Liefer- oder Bezugssperren erfüllt, wie sämtliche Maßnahmen mit boykott- oder sperrähnlicher Wirkung, häufig auch § 26 Abs. 2 GWB. Auch schon vor der Erweiterung des Diskriminierungsverbotes durch die Kartellrechtsnovelle von 1973 haben sie ganz im Vordergrund der Praxis gestanden.¹⁾

Bei der Prüfung der Zweck-Mittel-Relation ist zum einen zu beachten, daß die Verhängung einer Liefer- oder Bezugssperre - ebenso wie im Falle der §§ 25 Abs. 2 und 3 GWB - im Gegensatz zur Boykottaufforderung nach § 26 Abs. 1 GWB sich unmittelbar schädigend auswirkt und keiner weiteren "Umsetzung" mehr bedarf. Unter diesem Gesichtspunkt ist die Gefährdung des Gesperrten durch den Sperrer größer als diejenige durch den Verrufer.²⁾

Andererseits kann aber im Fall der §§ 26 Abs. 2 in Verbindung mit 38 Abs. 1 Nr. 8 GWB der Verstoß gegen den Ordnungswidrigkeitentatbestand als solcher noch weniger als bei §§ 26 Abs. 1, 25 Abs. 2 bereits die "Verwerflichkeit" einer möglicherweise hierin liegenden Nötigung konstituieren, da gerade das Verbot von Behinderung und Diskriminierung im Wirtschaftsverkehr in besonderer Weise ambivalent ist.³⁾ So erscheint nach einer Formulierung von Benisch⁴⁾ die Dispositions- und Vertragsfreiheit des Unternehmers als "das Korrelat für das Wagen und die Initiative des Unternehmers, auf der die gegenwärtige Wirtschaftsordnung aufbaut". Angesichts der hiermit zugleich angedeuteten

1) Vgl. Emmerich, Die Aktiengesellschaft 1976, S. 93 ff.

2) Vgl. dazu Tiedemann, Kartellrechtsverstöße S. 135.

3) Tiedemann, Kartellrechtsverstöße S. 136.

4) Benisch, in: Gemeinschaftskommentar, § 26 Abs. 2 (4. Lfg.) Rn. 41.

wettbewerbsrechtlichen Grenzziehungsproblematik folgt für das Strafrecht in besonderem Maß das Erfordernis weiterer zusätzlicher Unrechtskriterien.

Für die Frage, ob eine nach § 240 Abs. 2 StGB rechtswidrige Nötigung vorliegt, hat dies zur Folge, daß im Rahmen der hier gesetzlich gebotenen Abwägung noch weitere allgemein einschlägige Kriterien herangezogen werden müssen und die Verwirklichung des Ordnungswidrigkeitstatbestandes nicht präjudizierend wirkt.

3) Ergebnis

Ob eine nach dem Ordnungswidrigkeitensystem des GWB tatbestandsmäßige Verhängung, Androhung oder Aufforderung zu einer Liefer- oder Bezugssperre i. S. d. § 240 Abs. 2 StGB verwerfliches Nötigungsunrecht darstellt, kann nur anhand einer Prüfung von Zweck, Mittel und ihrer Relation im Einzelfall beantwortet werden. Die Normen des GWB erfüllen dabei allenfalls eine Indizfunktion.

Selbst wenn im konkreten Fall eine strafbare Nötigung vorliegt, folgt aber das Vorliegen von kriminellem Nötigungsunrecht regelmäßig nicht aus der besonderen Schwere des einschlägigen Wettbewerbsverstößes sondern aus gravierenden Begleitumständen. Diese treten häufiger im Verhalten des Verrufers gegenüber dem Sperrer auf als gegenüber dem Boykottierten. Der spezifische Unwert der Boykottaufforderung wird deshalb auch bei Eingreifen des Nötigungstatbestandes kaum je erfaßt.

III. Weitere Straftatbestände

Erwies sich die Prüfung der Möglichkeiten des § 240 StGB als notwendig umfänglich - wenn auch wenig ergiebig - lassen sich die weiteren in Betracht kommenden Straftatbestände leicht skizzieren:

1) § 253 StGB (Erpressung)

Entgegen einer verbreiteten Auffassung¹⁾ ist § 253 StGB für den Boykott niemals einschlägig, obwohl das regelmäßig auf materiellen Vorteil gerichtete Verhalten des Verrufers zunächst das Gegenteil vermuten ließe. Der Grund hierfür liegt zum einen darin, daß, wie dargelegt²⁾, zu-
meist schon das Element tatbestandsmäßiger Nötigung nicht gegeben ist. In den verbleibenden Ausnahmekonstellationen steht der Anwendung des Erpressungsparagraphen ein weiteres entscheidendes Hindernis entgegen: Die bei der Erpressung (wie beim Betrug) erforderliche Substanz- bzw. Stoffgleichheit zwischen dem angestrebten Vermögensvorteil und der Vermögensminderung³⁾ scheidet schon theo-

1) Vgl. Benisch, in: Gemeinschaftskommentar § 26 Abs. 1 Rn. 30; Baumann/Arzt, ZHR Bd. 134 (1970), S. 24, 41; Sattler, Die rechtliche Beurteilung der Boykotterklärung, S. 77.

2) Vgl. S. 194 ff.

3) Vgl. nur Lackner, in: LK § 253 Rn. 18, § 263 Rn. 257 ff. mit zahlr. weit. Nachw.; Schönke/Schröder/Eser § 253 Rn. 20; Blei, Strafrecht II, S. 210 f.; Maurach/Schroeder, Strafrecht, BT, Teilb. 1, S. 427 f.

retisch aus.¹⁾ Ein möglicher Vermögensschaden beim Gesperrten ist nicht substanzgleich mit dem wirtschaftlichen Vorteil, den der Verrufer zum Beispiel dadurch erlingt, daß der Sperrer statt mit dem Verrufenen nur mit ihm Geschäftsabschlüsse tätigt. Gleiches gilt für mögliche Vorteile, die der Verrufer einem seine Aufforderung befolgenden Sperrer oder Dritten zuwenden will. Für eine mögliche Strafbarkeit des Sperrers nach § 253 StGB gilt Entsprechendes.

2) §§ 185 ff. (Beleidigung, üble Nachrede und Verleumdung)

Dagegen kann der Inhalt einer Verrufserklärung die §§ 185 ff. StGB verwirklichen.²⁾ Im Verhältnis zur Nötigung kommt insoweit Tateinheit in Betracht.³⁾

3) § 15 UWG (Geschäftliche Verleumdung)

Die Boykottaufforderung kann je nach ihrem Inhalt zugleich den Tatbestand der geschäftlichen Verleumdung (§ 15 UWG)

1) Vgl. Tiedemann, Wettbewerb und Strafrecht, S. 31.

2) Vgl. Benisch, in: Gemeinschaftskommentar § 26 Abs. 1 Rn. 30; Sattler, Die rechtliche Beurteilung der Boykott-erklärung, S. 75 f.

3) Vgl. dazu aber auch S. 150 f.

erfüllen. Dieser Straftatbestand ist im vorliegenden Zusammenhang von besonderem Interesse. Er erfaßt, ebenfalls wie § 26 Abs. 1 GWB, einen Fall der Betriebsgefährdung und schützt im Gegensatz zu § 187 StGB nicht die Ehre sondern den Betrieb.¹⁾ Obwohl § 15 UWG Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr androht, ist er in mehrerer Hinsicht wesentlich weiter gefaßt als § 26 Abs. 1 GWB: Täter kann jedermann sein, und er braucht nicht zu Wettbewerbszwecken zu handeln.²⁾ Hinsichtlich der von der Norm geforderten Eignung zur Schädigung reicht bedingter Vorsatz hin.³⁾ Gleichwohl werden in der wettbewerbsrechtlichen Literatur gegen diese Vorschrift - soweit ersichtlich - keine Bedenken erhoben.

-
- 1) Vgl. Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbsrecht, § 15 UWG Rn. 1; v. Godin, Wettbewerbsrecht, U § 15 Rn. 1; Bollenius, Wirtschaftsstrafrechtliche Normen im Wettbewerbs- und Kartellrecht, in: Baumann/Dähn (Hrsg.), Studien zum Wirtschaftsstrafrecht (1972), S. 18, 45.
 - 2) Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbsrecht, § 15 UWG Rn. 6, 1; v. Godin, Wettbewerbsrecht, U § 15 Rn. 4, 1.
 - 3) Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbsrecht, § 15 UWG Rn. 5.

IV. Das gesetzssystematische Verhältnis der Ordnungswidrigkeiten nach §§ 25 Abs. 2 u. 3, 26 Abs. 1 u. 2 in Verbindung mit § 38 Abs. 1 Nr. 8 GWB zu den Tatbeständen des allgemeinen Strafrechts, insbesondere § 240 StGB – Die Problematik des § 21 Ordnungswidrigkeitengesetz

Das Verhältnis der Ordnungswidrigkeiten nach §§ 25 Abs. 2 26 Abs. 1 in Verbindung mit § 38 Abs. 1 Nr. 8 GWB zu den Tatbeständen des StGB, namentlich zu § 240 StGB, interessiert im Zusammenhang dieser Untersuchung in mehrfacher Hinsicht.

Zunächst stellt sich die Frage, ob alle (kriminal)strafwürdigen Fälle der Anwendung von "Druck und Lockmitteln" sowie insbesondere der Boykottaufforderung bereits von den Normbereichen der StGB-Tatbestände – vor allem des Nötigungstatbestands – zufriedenstellend erfaßt werden. Bejaht man dies nämlich, erscheint eine gesonderte Kriminalisierung dieser Verhaltensweisen nicht notwendig. Dieses Problem wird unter den allgemeinen Gesichtspunkten des Unrechtsgehaltes der einschlägigen Wettbewerbsbeschränkungen¹⁾ und vor allem der Verwirklichung von Straftatbeständen des StGB²⁾ an anderer Stelle vertieft.

Daneben muß aber auch de lege lata aus gesetzssystematischer Sicht geklärt werden, ob nicht die gesetzliche Einstufung einzelner Kartellrechtsverstöße als Ordnungswidrigkeit ihrer Verfolgung wegen möglicher Verstöße gegen StGB-Tatbestände im Wege steht.

1) Vgl. S. 320 ff.

2) Vgl. S. 189 ff.

1. Von meistem Interesse ist in diesem Zusammenhang die Frage, ob der Umstand, daß der besonders "strafrechtsnahe" § 25 Abs. 2 GWB (unter anderem) die Nachteilsandrohung oder -zufügung zum Zwecke der Veranlassung zu einem bestimmten Verhalten verbietet und das GWB in § 38 Abs. 1 Nr. 8 dieses Verbot als Ordnungswidrigkeit ausgestaltet, eine Verfolgung jenes Verhaltens als Nötigung hindert.

Zwar scheint auf den ersten Blick eher das Gegenteil der Fall. Das Ordnungswidrigkeitengesetz geht in § 21 Abs. 1 Satz 1 vom Vorrang des Strafgesetzes aus. Erfüllt eine Handlung neben einem Bußgeld- sogleich einen Straftatbestand, verdrängt die Straftat die Ordnungswidrigkeit im Wege der Subsidiarität.¹⁾

Nach allgemeiner Auffassung gilt dieser Vorrang des Straftatbestandes vor der Ordnungswidrigkeit freilich dann nicht, wenn der Ordnungswidrigkeitentatbestand die speziellere Norm darstellt, sich also zum Straftatbestand im gesetzestechnischen Verhältnis der Spezialität bewegt.²⁾ Gerade hinsichtlich des hier besonders interessierenden

1) Vgl. nur Göhler, OWiG, 5. Aufl. 1977, § 21 Anm. 1.

2) Göhler, OWiG, § 21 Anm. 6 B; Rebmann-Roth-Herrmann, Gesetz über Ordnungswidrigkeiten (Stand: 1978) Anm. 18 vor § 15; Rotberg, OWiG, 5. Aufl. 1975, § 21 Rn. 6; Cramer, Grundbegriffe des Rechts der Ordnungswidrigkeiten, 1971, S. 30. Vgl. auch die Amtliche Begründung zu § 15 OWiG 1968, BT-Drucks. V/1269, S. 54.

Der umgekehrte Fall, in welchem der Straftatbestand als Spezialvorschrift nach allgemeinem Konkurrenzprinzip (und nicht erst nach § 21 OWiG) den Ordnungswidrigkeitstatbestand verdrängt, ist freilich auch vorstellbar. Insbesondere kommen hier die sog. unechten Mischtatbestände in Betracht, bei denen die Einordnung einer Tat als Straftat oder Ordnungswidrigkeit von zusätzlichen objektiven oder subjektiven Erschwerungsmerkmalen ab-

Verhältnisses des § 25 Abs. 2 in Verbindung mit § 38 Abs. 1 Nr. 8 GWB zu §§ 240 und 240 Abs. 3 StGB ist nun aber zweifelhaft, ob sich diese Tatbestände nicht (jedenfalls zum Teil) im Spezialitätsverhältnis befinden.

Nach der Auffassung Belkes handelt es sich bei § 25 Abs. 2 GWB so um einen "auf die Belange des Wettbewerbs zugeschnittene(n) spezifische(n) Nötigungstatbestand".¹⁾

Dieser Ansicht scheint auch Tiedemann zu folgen, der ausführt, daß nach dem geltenden Recht die Androhung einer Liefer- oder Bezugssperre nicht nach § 240 Abs. 3 StGB als Nötigungsversuch strafbar sei, sondern lediglich nach § 38 Abs. 1 Nr. 8 in Verbindung mit § 25 Abs. 2 GWB als Ordnungswidrigkeit geahndet werden könne, "da der Ordnungswidrigkeitstatbestand im Verhältnis zu § 240 (Abs. 3) StGB eindeutig *lex specialis*" sei.²⁾ Tiedemann hält dieses Ergebnis zwar für "ungereimt" und "schief", meint aber, daß nur der Gesetzgeber eine Richtigstellung vornehmen könne.³⁾

hängt. Vgl. dazu Göhler, OWiG, Vorbemerkung 5 A b vor § 1 mit Beispielen.

Einen seltenen - hier nicht weiter zu berücksichtigenden Sonderfall - bilden die sog. echten Mischtatbestände, in denen der Gesetzgeber nicht mittels Merkmalen des Tatbestandes zwischen Straftat und Ordnungswidrigkeit abgrenzt, sondern in einer "Mischformel", auf die sich Vorsatz oder Fahrlässigkeit nicht zu erstrecken brauchen, lediglich eine Richtlinie zur Verfügung stellt. Vgl. dazu Göhler, OWiG, Vorbem. 5 A a vor § 1 sowie Tiedemann, Tatbestandsfunktionen, S. 225 ff. (zu § 3 WiStG 1594 a. F.). Der Gesetzgeber ist - insbesondere seit 1968 - von der Verwendung von echten Mischtatbeständen fast völlig abgekommen; vgl. Schmitt, Ordnungswidrigkeitenrecht, S. 13 f.; Tiedemann, a.a.O., S. 225 sowie §§ 1, 2 WiStG 1954 i.d.F. vom 3. Juni 1975.

1) Belke, Geschäftsverweigerung S. 379.

2) Vgl. Tiedemann, Kartellrechtsverstöße S. 122; Tiedemann, Wettbewerb und Strafrecht S. 24 f.

3) Tiedemann, Wettbewerb und Strafrecht S. 25

Demgegenüber stellen sich Baumann und Arzt - allerdings recht verallgemeinernd - auf den Standpunkt, daß die §§ 38, 25 GWB "auf dem Spezialgebiet des Wettbewerbs nicht allgemeine Strafrechtsvorschriften außer Kraft setzen" könnten. Sie seien *leges speciales*, weil von Gewalt und Drohung mit empfindlichem Übel in § 25 "nicht die Rede" sei.¹⁾

Einen Vorrang des Strafgesetzes behauptet weiter - wenn auch ohne nähere Begründung - Benisch.²⁾

Zum Teil wird im Schrifttum die Problematik des § 21 OWiG überhaupt verkannt. So geht z.B. noch die jüngste, 1978 erschienene, einschlägige Kommentierung im Frankfurter Kommentar davon aus, daß "eine Idealkonkurrenz des § 25 Abs. 2 und 3 mit den §§ 240, 253 StGB in Betracht" komme, "weil ein Unterschied in der Täterschaft nicht" bestehe.³⁾

Einer Klärung des Verhältnisses von Ordnungswidrigkeitstatbestand und Straftatbestand im konkreten Fall ist nun sicherlich nicht sehr förderlich, wenn man, wie Baumann und Arzt, auf den bloßen Wortlaut der betroffenen Normen abstellt.

Unzweifelhaft bedeuten zum Beispiel die landesrechtlichen Ordnungswidrigkeitstatbestände, die die Entwendung von Waldfrüchten oder Walderzeugnissen regeln - in dem Umfang,

1) Baumann/Arzt, ZHR Bd. 134 (1970), S. 42 f.

2) Benisch, in: Gemeinschaftskommentar, § 25 Rn. 32.

3) Frankfurter Kommentar (19. Lfg. Februar 1977)
§ 25 Tz. 68.

in dem für sie nach Art. 4 Abs. 4 und Abs. 5 EGStGB vom 2.3.1974 überhaupt noch Raum verbleibt¹⁾ - gegenüber § 242 StGB eine Privilegierung.²⁾ Dabei ist es unerheblich, ob der Normtext dieser Tatbestände die einzelnen Merkmale des Diebstahlstatbestandes wörtlich aufgreift; entscheidend ist vielmehr, ob die auch vom Straftatbestand erfaßten Sachverhalte materiell dem Regelungsbereich der Privilegierung unterfallen. Andererseits ist so ja auch anerkannt, daß bei der Auslegung des "Nachteils", der nach § 25 Abs. 2 GWB angedroht oder zugefügt werden muß, dieselben Maßstäbe anzulegen sind, wie beim "empfindlichen Übel" des § 240 StGB³⁾, obwohl § 25 Abs. 2 GWB eine andere Formulierung verwendet.

Ob ein Tatbestand mit einem vergleichsweise engen Normbereich sich im Verhältnis zur allgemeinen Norm im gesetzestechnischen Verhältnis der Spezialität bewegt, ist mit einem Hinweis auf den bloßen Gesetzeswortlaut folglich nicht beantwortet.

Hierfür sind vielmehr die seit langem von der Dogmatik entwickelten Grundsätze heranzuziehen. Entscheidendes Kriterium für das Vorliegen von Spezialität ist nach einhelliger

1) Vgl. Schönke/Schröder/Eser Vorbem. § 1 Rn. 46 und § 242 Anm. 77 sowie Dreher-Tröndle, § 242 Rn. 27.

2) Vgl. Göhler, OWiG, § 21 Anm. 1 B; Tiedemann, Wettbewerb und Strafrecht, S. 25.

So stellt z.B. das ungenehmigte, organisierte Sammeln von Walderzeugnissen nach §§ 40 i.V.m. 83 Abs. 2 Nr. 5 des baden-württembergischen Landeswaldgesetzes vom 10.2.1976 lediglich eine Ordnungswidrigkeit dar; vgl. auch den landesrechtlichen Vorbehalt für die Ordnungswidrigkeit in § 15 S. 2 des nordrhein-westfälischen Feld- und Forstschutzgesetzes i.d.F. v. 14.1.1975 (allerdings nur in Bezug auf die Sachbeschädigung!).

3) Vgl. nur Benisch, in: Gemeinschaftskommentar, § 25 Rn.16 Frankfurter Kommentar, § 25 Tz. 47 a.E.

Auffassung, daß die spezielle Strafvorschrift sämtliche Merkmale der allgemeinen aufweisen muß und sich von dieser nur dadurch unterscheidet, daß sie mindestens noch ein weiteres Merkmal enthält, das den Sachverhalt unter einem besonderen Gesichtspunkt erfaßt.¹⁾

Bei diesem sachlichen Abhängigkeitsverhältnis von allgemeiner und spezieller Norm handelt es sich, wie Klug²⁾ hervorhebt, um das begriffslogische Abhängigkeitsverhältnis der Subordination: Jede Handlung, die den Tatbestand des speziellen Delikts erfüllt, verwirklicht notwendig auch den Tatbestand des allgemeinen, während das Umgekehrte dagegen nicht der Fall ist. Mit anderen Worten: Maßgeblich ist allein ein "Vergleich der abstrakten Delikts-Tatbestände"³⁾ - welcher freilich zunächst die Auslegung ihrer nicht notwendig sprachlich identischen Merkmale voraussetzt.⁴⁾

Im Fall des § 25 Abs. 2 in Verbindung mit § 38 Abs. 1 Nr. 8 GWB muß nun aber bezweifelt werden, ob wirklich jede Handlung, die diesen Tatbestand erfüllt, zugleich auch immer eine Nötigung im Sinne des § 240 StGB dar-

1) Vgl. Geerds, Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht (1961) S. 193; Jescheck, AT, S. 560; vgl. auch bereits RGSt 14, 386; 60, 122; Honig, Strafloze Vor- und Nachtat (1929) S. 113; Mezger, Strafrecht (1931), S. 472.

2) Klug, Zum Begriff der Gesetzeskonkurrenz, ZStW Bd. 68 (1956) S. 399 ff., 405 f.

3) So Mezger, Strafrecht, S. 471 f.

4) Vgl. zum Verhältnis von Auslegung und "Normwidersprüchen" zusammenfassend Engisch, Einführung in das juristische Denken (5. Aufl. 1971), S. 158 f.

stellt.¹⁾

Als Ergebnis eines Vergleichs beider Normen sind nämlich ohne weiteres Fälle vorstellbar, in denen eine Handlung zwar gegen § 25 Abs. 2 GWB verstößt, hingegen nicht § 240 StGB erfüllt. Dies beruht darauf, daß sich, wie Belke ausführt, das Druckverbot des § 25 Abs. 1 GWB von den Nötigungstatbeständen herkömmlicher Art eben doch in wesentlicher Hinsicht unterscheidet. Ergebe sich bei den letzteren die Rechtswidrigkeit entweder aus der Rechtswidrigkeit des Beeinflussungsmittels oder der Rechtswidrigkeit des Beeinflussungsziels oder aus der verwerflichen Verbindung von Mittel und Zweck, bestimme bei § 25 Abs. 2 GWB schon allein die rechtswidrige Zielsetzung des Veranlassers die "Rechtswidrigkeit".²⁾ Diese These ist grundsätzlich zustimmungswürdig, erfordert allerdings den ergänzenden (bzw.: berichtigenden) Hinweis, daß es sich, soweit die Funktion des § 25 Abs. 2 GWB als Ordnungswidrigkeitstatbestand betroffen ist, systematisch nur um eine Frage der Tatbestandsmäßigkeit - und nicht der Rechtswidrigkeit - handeln kann. Insoweit sind auch zahlreiche andere Äußerungen im kartellrechtlichen Schrifttum zumindest mißverständlich:³⁾ Unzweifelhaft ist nämlich

1) In diesem Zusammenhang kann dahingestellt bleiben, ob es sich bei der Verwerflichkeitsformel des § 240 Abs. 2 StGB um eine Ergänzung des objektiven Tatbestandes oder um ein allgemeines Verbrechensmerkmal handelt. Zum einen ist diese Frage ohnehin unter dem Gesichtspunkt des Irrtums erst von größerer Bedeutung. Zum anderen genügt hier, daß die Frage des Verhältnisses der §§ 240 StGB und 25 Abs. 2 GWB zueinander jedenfalls dann beantwortet werden können muß, nachdem über die Verwerflichkeitsfrage entschieden worden ist; vgl. dazu die Nachw. auf S. 131 (Fn. 2).

2) Vgl. Belke, Geschäftsverweigerung S. 384; vgl. auch Langen/Niederleithinger/Schmidt § 25 Rn. 13 m. w. Nachw.

3) Vgl. nur die Ausführungen im Frankfurter Kommentar § 25 Tz. 54 f.; bei Benisch, in: Gemeinschaftskommentar § 25 Anm. 22 und 13.

der wettbewerbswidrige Zweck nach § 25 Abs. 2 GWB ein (normatives) Merkmal des Tatbestandes und kein Rechtswidrigkeitskriterium. Die (allgemeine) Rechtswidrigkeit der Handlung folgt dann regelmäßig aus deren Tatbestandsmäßigkeit.

Bewegt zum Beispiel ein (marktmächtiges) Unternehmen die Angehörigen seiner Branche mit "sanftem Zwang" zu einem abgestimmten wettbewerbsbeschränkenden Verhalten, welches in einer aktuellen Situation wirtschaftspolitisch sogar erwünscht sein könnte (z.B. Kapazitäts"einfrierung" zur Rentabilitäts- und Existenzsicherung), erfüllt es § 25 Abs. 2 in Verbindung mit § 38 Abs. 1 Nr. 8 GWB. Eine Prüfung dieses Verhaltens unter dem Gesichtspunkt des § 240 StGB könnte dagegen durchaus ergeben, daß wegen der besonderen Umstände des Falles der Einsatz des Nötigungsmittels zu dem verfolgten Zweck nicht "verwerflich" war.¹⁾

Andererseits erscheint ein Vorrang (aufgrund von Spezialität) des § 25 Abs. 2 GWB vor § 240 StGB gerade dann wenig einsichtig, wenn die Anwendung des Druckmit-

1) Dabei wird hier entgegen Baumann und Arzt, ZHR Bd. 134 (1970), S. 40, 44 (S. 40: "Da Ziele und Mittel nach § 25 GWB rechtswidrig sind, besteht an der Rechtswidrigkeit der Nötigung kein Zweifel".) mit Tiedemann, Kartellrechtsverstöße S. 122 sowie ders., Wettbewerb und Strafrecht, S. 23 f. und Thomas, WuW 1974, S. 23, davon ausgegangen, daß das Vorliegen eines kartellrechtswidrigen Zwecks für sich allein nicht hinreicht, das Verwerflichkeitsurteil i.S.d. § 240 Abs. 2 StGB zu stützen; vgl. dazu auch oben S. 274 ff.

Im übrigen ist für die umgekehrte Konstellation des Verhältnisses von kartellrechtmäßigem Verhalten und anderweitigen Normen anerkannt, daß die Vereinbarkeit einer Wettbewerbsbeschränkung mit dem Wettbewerbsrecht die Strafbarkeit unter einem anderen Gesichtspunkt nicht ausschließt. Vgl. nur § 4 WiStG sowie (zu § 2 a WiStG a. F.) Ebisch, WiStG, § 2 a Anm. 5 und 12; Erbs-Kohlhaas, W 98, Wirtschaftsstrafgesetz, § 4 Anm. 5, 6 sowie Tiedemann, Tatbestandsfunktionen S. 219.

tels den Nötigungstatbestand problemlos erfüllt: Läßt ein Unternehmer (z.B. im Amüsiergewerbe einer Hafenstadt) seinen Konkurrenten von angeheuertem Schlägern krankenhausreif prügeln oder bedroht er ihn mit dem Niederbrennen seines Etablissements, um ihn zu den gleichen wettbewerbsbeschränkenden Usancen (abgestimmt gleich hohe "Nepppreise") zu bewegen, würde es wenig überzeugen, wenn die GWB-Norm hier die Anwendung des strafrechtlichen Nötigungstatbestandes ausschlösse.

Vor allem ist aber eine Anwendung des § 240 StGB in denjenigen Fällen ausgeschlossen, in welchen es sich bei dem Beeinflussungsmittel nach § 25 Abs. 2 GWB um das Versprechen oder Gewähren von Vorteilen handelt. Die These von der Spezialität von § 25 Abs. 2 GWB gegenüber dem allgemeinen Nötigungstatbestand ließe sich insofern zwar mit dem formalen Argument halten, daß § 25 Abs. 2 in Wirklichkeit nicht nur zwei Tatmodalitäten sondern zwei selbständige, in einem Absatz zusammengefaßte Tatbestände enthalte und deshalb die Fälle der "Lockung" von vornherein außer Betracht bleiben könnten.

Dem widerspricht aber die wettbewerbliche Konzeption der Vorschrift, für die der Modus der Beeinflussung verhältnismäßig unerheblich ist, und welche vielmehr primär als Umgehungsverbot¹⁾ die Verfolgung bestimmter wettbewerbswidriger Zwecke verhindern will. Eine Aufspaltung in zwei verschiedene Tatbestände wäre folglich gekünstelt. Statt dessen kann die hier vorliegende Problemlage, bei der sich die Tatbestände zweier Normen nur teilweise decken,

1) Vgl. nur Gutzler, BB 1966, 390, 392; Langen/Niederleithinger/Schmidt § 25 Rn. 1.

lediglich durch eine Orientierung am erwähnten Gesetzeszweck, also mit Hilfe der teleologischen Methode bewältigt werden.¹⁾ Hierin erweist sich im übrigen, daß offensichtlich die juristische Logik allein als Mittel zur Lösung von Konkurrenzproblemen nicht hinreicht, wie überhaupt Formalwissenschaften "kein Ersatz für Substanzwissenschaften"²⁾ sind. Da eine Beschränkung der Spezialitätsproblematik auf das Beeinflussungsmittel der Androhung oder Zufügung von Nachteilen sich somit verbietet, muß eine Spezialität des § 38 Abs. 1 Nr. 8 i.V.m. § 25 Abs. 2 GWB zu § 240 StGB abgelehnt werden.

Weiterhin könnte erwogen werden, ob nicht eine Exklusivität der Kartellordnungswidrigkeit das Eingreifen des Nötigungstatbestandes hindert.

Diese Frage kann gleichfalls nicht mit Hilfe begriffsslogischer Argumente beantwortet werden. Wenn zum Beispiel Geerds³⁾ ausführt, das als Exklusivität der Tatbestände zu bezeichnende Verhältnis besage, "daß es begrifflich unmöglich ist, ein Geschehen unter beide Gesetze zu subsumieren", trifft er nicht den Kern der Problematik.⁴⁾

1) Nach Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft (3. Aufl. 1975), S. 252 f. ist diese Konstellation überhaupt "von den Fällen der Spezialität zu unterscheiden".

2) So Winkler, in: Weinberger, Rechtslogik (1970), S. VII.

3) Geerds, Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht (1961), S. 159 f. Nach Geerds (a.a.O., S. 160) gehört die Exklusivitätsproblematik ohnehin "nur in einem weiteren Sinne zur Konkurrenzlehre".

4) Dasselbe gilt für die von Klug, ZStW Bd. 68 (1956), 409 f. in diesem Zusammenhang verwandte Kategorie der "Heterogenität", welche dadurch gekennzeichnet sein soll, daß "die Begriffspaare streng voneinander getrennt" sind (a.a.O., S. 409).

Der umstrittenen und schwer einzuordnenden¹⁾ Figur der Exklusivität ist es gerade eigentümlich, daß trotz der äußerlichen Erfüllung der Merkmale zweier verschiedener Tatbestände die Anwendung des einen wegen der Verschiedenartigkeit der Gesetzes(schutz)zwecke ausgeschlossen ist, ohne daß hier das Vorliegen einer der allgemein anerkannten Formen (unechter) Gesetzeskonkurrenz - insbesondere Spezialität - behauptet werden könnte. Dies wird namentlich von Felix²⁾ zum Verhältnis von Betrug und Steuerhinterziehung klar herausgearbeitet.

1) Nach der g.h. Konkurrenzenlehre kann es sich um keinen Fall der Gesetzeskonkurrenz bzw. (treffender:) Gesetzes-einheit handeln; vgl. dazu nur Jescheck, AT, S. 598 f. Vogler, in: LK Vorbem. § 52 Rn. 101 ff. m.zahlr.weit. Nachw. Die h.M. kennt hierfür nämlich nur die Gründe der Spezialität, Subsidiarität und Konsumtion; vgl. Jescheck, AT, S. 599 ff.; Vogler, in: Vorbem. LK § 52 Rn. 106 m.w.Nachw. Sofern im allgemeinen strafrechtlichen Schrifttum der Terminus Exklusivität überhaupt verwendet wird, geschieht dies regelmäßig nicht im Zusammenhang mit der Gesetzeskonkurrenz. Häufiger wird - ablehnend - die sog. Alternativität erwähnt. Hiermit wird eine jedenfalls teilweise vergleichbare Problemlage umschrieben. Die Definitionen differieren im einzelnen; vgl. nur Vogler, in: LK Vorbem. § 52 Rn. 106 m.w.Nachw. Jedenfalls die engere Konstellation, in der "zwei Tatbestände einander widerstreitende Merkmale enthalten und sich deswegen gegenseitig ausschließen" (Jescheck, AT, S. 600) ist von der Exklusivität zu unterscheiden.

2) Felix, NJW 1968, 1219, 1220 m. weit. Nachw. Wie Felix (a.a.O., S. 1220) richtig ausführt, ist § 370 AO (§ 396 AO a.F.) deshalb kein im Verhältnis zu § 263 StGB spezielleres Gesetz, weil es mehrere Merkmale des Betrugs-tatbestandes, wie z.B. Irrtum, Vermögensschaden und Absicht, nicht enthält.

Exklusivität der Steuerhinterziehung erkennt auch Samson an; vgl. Samson, in: Franzen/Gast/Samson, Steuerstrafrecht (2. Aufl. 1978) § 370 AO Rn. 57 m. weit. Nachw.

Entsprechend liegt auch tatbestandliche Exklusivität zwischen Steuerhinterziehung und Subventionsbetrug (§ 264 StGB) vor, sofern Leistungen bzw. Vorteile ¹⁾ betroffen sind, die auf Grund steuerrechtlicher Vorschriften gewährt werden. ²⁾

Samson hält dies insoweit für einen Fall von Gesetzeskonkurrenz (a.a.O. Rn. 238).

Derselbe Autor führt freilich an anderer Stelle mißverständlich aus, Steuerhinterziehung sei gegenüber dem Betrug "speziell"; Samson, in: SK § 263 Rn. 203. Unklar ist die Begründung von Schönke/Schröder/Cramer, § 263 Rn. 182, für das Vorliegen von Gesetzeskonkurrenz. Schließlich spricht auch Kohlmann, Steuerstrafrecht (2. Aufl., Stand 1978) § 370 AO 1977 Rn. 289, von Gesetzeskonkurrenz, ohne deren Grund systematisch einzuordnen: "Die Erschleichung ungerechtfertigter Steuervorteile kann sich ihrer Natur nach nur in den Begehungsformen des Betruges vollziehen. Sie wird also von der Steuerhinterziehung erschöpfend und ausschließlich umfaßt."

- 1) Vgl. zu den sich aus der mangelnden Kongruenz beider Begriffe ergebenden Abgrenzungsproblemen Samson, in: SK § 264 Rn. 30; ders., in: Franzen/Gast/Samson § 370 AO Rn. 54 ff.; Tiedemann, in: LK § 264 Rn. 21 f.
- 2) Vgl. Lackner, § 264 Rn. 10; § 263 Rn. 12; Samson, in: SK § 264 Rn. 30, 100; Tiedemann, in: LK § 264 Rn. 22, 134; für Spezialität wohl Göhler, in: Protokolle der Sitzungen des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform, Deutscher Bundestag, 7. Wahlperiode, S. 2686. Dagegen stellt § 264 gegenüber § 263 nur dann eine abschließende Sonderregelung dar, wenn die Voraussetzungen des Subventionsbetrugs erfüllt sind; vgl. Schönke/Schröder/Lenckner § 264 Rn. 87 und Tiedemann, in: LK § 264 Rn. 134 je mit weit. Nachw. Insoweit handelt es sich weder um tatbestandliche Exklusivität noch um Spezialität im technischen Sinne.

Das nur äußerlich ähnlich anmutende Verhältnis von § 263 und § 265 b (Kreditbetrug) schließlich stellt sich nach richtiger Auffassung als Tateinheit dar; vgl. Schönke/Schröder/Lenckner § 265 b Rn. 51; Tiedemann, in: LK § 265 b Rn. 13, 89 m. weit. Nachw. (auch zu den stark differierenden Gegenmeinungen).

Die von Felix zur Begründung eines aliud-Verhältnisses von § 263 StGB und § 370 AO aufgezeigten wesensmäßigen Unterschiede zwischen dem strafrechtlichen Vermögensschutz und den Strafbewehrungen des Steuerrechts,¹⁾ welche rechtfertigen, daß das Steuerstrafrecht den "besonderen Betrüger im Abgabenrecht sowohl besser als auch schlechter (stelle) als den gemeinen Betrüger"²⁾, finden jedoch im Verhältnis von Kartellordnungswidrigkeit und Nötigungstatbestand keine Entsprechung. Der Gesetzgeber privilegiert nicht etwa die Nötigung im Zusammenhang mit wettbewerbswidrigem Verhalten wegen der Besonderheiten des Wettbewerbs - eher wäre dann noch die gegenteilige Ansicht von Baumann und Arzt vorzugswürdig.³⁾ Vielmehr bezweckt die Aufnahme des Druckverbots in den Wortlaut des § 25 Abs. 2 GWB, daß einschlägige Nötigungen im Interesse der Effektivität dieses Umgehungsverbots jedenfalls zumindest als Ordnungswidrigkeit verfolgbar sind. Insoweit greift auch der Gedanke an eine Privilegierung von "Bagatellnötigungen" nicht durch.

Die letztere Überlegung scheitert ferner wegen der Weite des Merkmals "Androhung oder Zufügung von Nachteilen" - wie schon erwähnt - auch daran, daß bei Annahme von Exklusivität selbst massivste Drohungen gegen elementare Rechtsgüter des zu Beeinflussenden nicht nach § 240 StGB verfolgt werden könnten.⁴⁾

1) Vgl. Felix, NJW 1968, 1219, 1220.

2) Felix (a.a.O., S. 1220).

3) Vgl. dazu oben S. 274 ff.

4) Vgl. dazu schon oben S. 301.

Zusammenfassend muß somit festgestellt werden, daß im Verhältnis von Kartellordnungswidrigkeit und Nötigungstatbestand keine privilegierende "Spezialität" oder "Exklusivität" vorliegt, welche der Anwendung von § 21 Abs. 1 OWiG entgegenstehen könnte.

Darüber hinaus wirft die bisherige Erörterung die grundsätzliche Frage auf, ob § 21 Abs. 1 OWiG nicht sogar generell eine abschließende Regelung des Verhältnisses von Ordnungswidrigkeit und Straftat trifft, welche für die Anwendung der allgemeinen Konkurrenzlehren ohnehin keinen Raum mehr läßt.

Die Amtliche Begründung zu § 15 OWiG 1968 und mit ihr die ganz herrschende Meinung im Schrifttum behaupten zwar, der Grundsatz der Subsidiarität der Ordnungswidrigkeit gegenüber der Straftat schliesse nicht aus, "daß in Ausnahmefällen der Bußgeldtatbestand als *lex specialis* zu einem bestimmten Straftatbestand anzusehen ist, daß er also den Straftatbestand verdrängt", was namentlich dann der Fall sein werde, wenn der Tatbestand der Bußgeldvorschrift "zusätzliche mildernde Merkmale enthält".¹⁾

Diese Auffassung leidet freilich zum einen in rechtstat-sächlicher Hinsicht unter einem offenkundigen Mangel an praktischen Beispielen. In den wenigen zum Beleg angeführten Fällen, in denen wirklich einmal ein (privilegierender) Ordnungswidrigkeitstatbestand die Anwendung

1) Amtliche Begründung zu § 15 OWiG 1968, BT-Drucks. V/1269, S. 55. Vgl. ferner die Nachw. auf S. 294 Fn.2.

von Straftatbeständen ausschließt, beruht dies zudem immer auf ausdrücklicher (z.T. konkludenter) spezialgesetzlicher Anordnung. Dies gilt zum Beispiel für den Straftatbestand des Bannbruchs (§ 372 AO 1977), dessen Abs. 2 in ausdrücklicher Umkehrung von § 21 Abs. 1 OWiG die Unanwendbarkeit von § 372 AO anordnet, wenn die Tat als Zuwiderhandlung gegen ein Ein-, Aus- oder Durchfuhrverbot in anderen Vorschriften nur mit Geldbuße bedroht ist.¹⁾

Aber auch die schon erwähnten landesrechtlichen Privilegierungen einzelner Feld- und Forstdelikte²⁾ gehen den §§ 242 und 303 StGB nur deshalb vor, weil § 4 Abs. 4 und Abs. 5 EGStGB als ausdrückliche Gesetzgebungsvorbehalte für landesrechtliche Regelungen von Bagatellunrecht zumindest konkludent auch deren Anwendungsvorrang statuieren. In beiden Beispielsfällen derogiert also eine Spezialnorm die generelle Regelung des § 21 Abs. 1 OWiG. Sonach erscheint entgegen der herrschenden Meinung eher der Schluß zutreffend, daß umgekehrt bei Fehlen einer spezielleren gesetzlichen Vorranganordnung § 21 Abs. 1 OWiG ausnahmslos eingreift.

Wenig überzeugend wäre zum anderen die Anwendung der allgemeinen (ungeschriebenen) Konkurrenzprinzipien im Hinblick auf die Auffassungen, welche zu dem grundsätzlichen

1) Was Göhler, OWiG, § 21 Anm. 2 B, insoweit übersieht. Vgl. dazu auch Franzen, in: Franzen/Gast/Samson, Steuerstrafrecht (2. Aufl. 1978), § 372 Rn. 37.

2) Vgl. oben S. 297, Fn. 2.

Verhältnis von Straftat und Ordnungswidrigkeit¹⁾ vertreten werden.

Mit der älteren Lehre, die wegen eines "wesensmäßigen Unterschiedes" insoweit ein aliud-Verhältnis postuliert, läßt sich eine Einschätzung der einen als Spezialfall der anderen wohl schwerlich begrifflich vereinbaren.

Aber auch nach der verbreiteten neueren Dogmatik, welche eine quantitative Abgrenzung vornimmt, ist die Grenzziehung lediglich bei der Gesetzgebungspolitik ein quantitatives Problem, während den gesetzlichen Rechtsfolgen qualitative Verschiedenheit zuerkannt wird.²⁾

Eine Anwendung der allgemeinen Konkurrenzlehre würde diese Abgrenzung von Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht unterlaufen.

1) Vgl. dazu Göhler, OWiG, Vor § 1 Anm. 2; Schmitt, Ordnungswidrigkeitenrecht, S. 11 ff.; Tiedemann, Kartellrechtsverstöße S. 99 ff. je mit zahlr. weit. Nachw.

2) Vgl. zum Beispiel nur Göhler, OWiG, Vor § 1 Anm. 2 B m. weit. Nachw.

2. Ähnliche Erwägungen gelten auch für den hier nur am Rande interessierenden Fall des § 25 Abs. 3 GWB. Auch hier kann der von der Norm inkriminierte Zwang beispielsweise in der Androhung oder der Verhängung einer Liefer-sperre bestehen.¹⁾ Insbesondere der Umstand, daß im Fall des § 25 Abs. 3 GWB der Zwang auf ein erlaubtes Verhalten zielt, könnte dafür sprechen, die Vorschrift als eine (privilegierende) Spezialnorm zu § 240 StGB aufzufassen.

Wie aber Tiedemann ausgeführt hat, kann in den Fällen, in denen § 25 Abs. 3 GWB vorliegt, erst ein "besonderes Maß sozialetischer Mißbilligung das Verwerflichkeitsurteil der §§ 240 Abs. 2, 253 Abs. 2 StGB begründen" und führt die "Mißbilligung einschlägiger Verhaltensweisen durch § 25 Abs. 3 GWB ... keineswegs zwingend und schlechthin zu der Bejahung besonderer sozialetischer Verwerflichkeit".²⁾

Ist nun aber im konkreten Fall ein besonderes Maß sozial-ethischer Mißbilligung einmal angezeigt - und stellt sich somit die Konkurrenzfrage - wäre es wenig überzeugend, gerade dann § 25 Abs. 3 GWB als privilegierende Spezialnorm dem Nötigungstatbestand vorgehen zu lassen. Im übrigen soll aber wegen der geringen praktischen Bedeutung der Vorschrift³⁾ ihrer Problematik in diesem Zusammenhang nicht weiter nachgegangen werden.

1) Vgl. Benisch, in: Gemeinschaftskommentar § 25 Anm. 14 und 26.

2) Tiedemann, Kartellrechtsverstöße und Strafrecht S. 124

3) Benisch, in: Gemeinschaftskommentar § 25 Anm. 2; Tiedemann, Kartellrechtsverstöße und Strafrecht S. 124.

3. Keine eigenständige Bedeutung kommt im Hinblick auf § 21 OWiG dem Boykotttatbestand des § 26 Abs. 1 in Verbindung mit § 38 Abs. 1 Nr. 8 GWB zu. Sofern Druck und Zwang als Mittel der Boykottaufforderung eingesetzt werden, erfüllt der Verrufer in Tateinheit ¹⁾ zugleich § 25 Abs. 2 GWB. Deshalb gelten hier insoweit die obigen Ausführungen.

4. Zusammenfassend kann somit festgehalten werden, daß in den Fällen, in denen wettbewerbsbeschränkendes Verhalten nach den §§ 25 Abs. 2, 3, 26 Abs. 1 in Verbindung mit § 38 Abs. 1 Nr. 8 GWB zugleich den allgemeinen Nötigungstatbestand erfüllt, nach § 21 OWiG die Straftat im Wege der Subsidiarität die Ordnungswidrigkeit verdrängt. Der Spezialitätsgrundsatz steht dem regelmäßig nicht entgegen

Das kriminalpolitische Bedürfnis nach einem speziellen Straftatbestand wird hierdurch aber nicht widerlegt, da gravierende Fälle der Boykottaufforderung und wirtschaftlichen Zwangs durch die Normen des StGB bislang nicht erfaßt werden.

1) Benisch, in: Gemeinschaftskommentar § 26 Abs. 1 Anm. 30; Frankfurter Kommentar, § 25 T.z. 68.

5 . KAPITEL RECHTSGÜTERSCHUTZ DURCH DAS STRAFRECHT UND DIE SOZIALSCHÄDLICHKEIT VON BOYKOTTMAßNAHMEN

Die Überprüfung von Boykotts, boykottähnlichen Maßnahmen oder in Zusammenhang mit Boykotts auftretenden Wettbewerbsverstößen daraufhin, ob sie die Tatbestände des allgemeinen Strafrechts, insbesondere den Nötigungstatbestand erfüllen, war von der übergreifenden Frage geleitet, ob bzw. inwieweit das gegenwärtige strafrechtliche Normensystem den hier erforderlichen wettbewerbs- und strafrechtlichen Rechtsgüterschutz bewirkt.

Allerdings blieb dieser Leitgesichtspunkt gewissermaßen im Hintergrund und wurde bei den durch die einzelnen Tatbestandsmerkmale veranlaßten Betrachtungen nicht immer aufs Neue explizit hervorgehoben. Immerhin ergab sich bereits an mehreren Etappen der Untersuchung die Notwendigkeit, darauf hinzuweisen, daß in den Fällen, in denen der Nötigungstatbestand eingreift, dieses Eingreifen nur punktuell erfolgt und der spezifische wettbewerbsliche Unwert von Boykottmaßnahmen nicht erfaßt wird.¹⁾

Nunmehr soll die Frage, welche Rechtsgüter durch Boykottaufrufe, Liefersperren oder ähnliche bzw. Begleitmaßnahme tangiert werden, in den Vordergrund der Untersuchung treten. In diesem Zusammenhang wird - da hier insbesondere auch von Kriminalunrecht die Rede sein muß - vor allem das Ausmaß der Sozialschädlichkeit der fraglichen Verhaltensweisen Aufmerksamkeit finden.

1) Vgl. S.289.

I. Methodische Grundlagen

1) Das Rechtsgut als Leitprinzip bei der Rechtsanwendung

Rechtsgut (bzw. als Aufgabe: Rechtsgüterschutz) und Sozialschädlichkeit sind zentrale strafrechtliche Begriffe.

Die Notwendigkeit des Rechtsgutsbegriffs erweist sich eindrucksvoll bereits bei der Auslegung des geltenden Rechts: Die in Art. 103 Abs. 2 Grundgesetz verfassungsrechtlich verankerte Garantiefunktion des Strafgesetzes welche sich namentlich in dem Erfordernis der "lex certa" äußert¹⁾, steht der Abstraktheit strafrechtlicher Tatbestände nicht etwa entgegen, sondern macht wegen des Gebotes der "lex praevia" abstrakte Unrechtsvertypungen vielmehr notwendig.²⁾ Jeder Strafrechtssatz bedarf schon allein aus diesem Grunde der Auslegung.³⁾ Innerhalb des hierbei gebräuchlichen Methodenbündels⁴⁾ kommt dem teleologischen Auslegungsverfahren die größte Bedeu-

1) Vgl. nur Schönke/Schröder/Eser § 1 Rn. 8 ff., 20 ff. m. weit. Nachw.; Tröndle, in: LK § 1 Rn. 10 ff.; Maunz/Dürig/Herzog, Grundgesetz, Art. 103 Abs. 2 Rn. 106 ff.

2) Vgl. hierzu auch Baumann, AT, S. 31, 159.

3) Vgl. auch Jescheck, AT, S. 121 f.

4) Vgl. nur Schönke/Schröder/Eser § 1 Rn. 48; Tröndle, in: LK § 1 Rn. 41 m. weit. Nachw.

tung zu.¹⁾ Die teleologische Methode ist dadurch gekennzeichnet, daß sie die Auslegung aller den Tatbestand konstituierenden Begriffe am geschützten Rechtsgut orientiert.²⁾ Das offenkundige oder erst noch zu eruierende Ziel der Norm bestimmt die Auslegung und Ausrichtung der Begriffe.³⁾ Zwar gewährleistet auch die teleologische Methode gesicherte Auslegungsergebnisse nur unter Abstützung durch und im Zusammenwirken mit den anderen Methoden und insbesondere nur unter Wahrung der durch die *lex scripta* gezogenen Grenzen; und es muß Baumann⁴⁾ auch zugegeben werden, daß das teleologische Vorgehen zum Beispiel dann unter Schwächen leidet, wenn ein noch nicht aufgefundenes Rechtsgut zur Auslegung eines Tatbestandsmerkmals verwendet werden soll, dessen Auslegung erst seinerseits die Erkenntnis liefern soll, welches Rechtsgut geschützt wird.⁵⁾ Trotz des insoweit forma-

-
- 1) Vgl. nur Jescheck, AT, S. 123: "Krone der Auslegungsverfahren gebührt der teleologischen Methode"; Tröndle, in: LK § 1 Rn. 46. So bereits Schwinge, Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht (1930), S. 21 ff. Überwiegend bedient man sich auch innerhalb des Rahmens der teleologischen Methode einer Synthese von subjektiven und objektiven Kriterien. Dabei tritt bei älteren Gesetzes der durch die Rechtspraxis entwickelte objektive Bedeutungsgehalt mehr in den Vordergrund während die Auslegung neuerer Normen stärker von subjektiven Kriterien geleitet wird, wie z.B. Stellungnahmen in Gesetzesmaterialien u.ä. Vgl. dazu Jescheck AT, S. 124 m. weit. Nachw.
 - 2) Baumann, AT, S. 150. Insbesondere dazu auch Blei, in: Henkel-Festschrift (1974), S. 109 ff. Zusammenfassend Larenz, Methodenlehre (3. Aufl.), S. 321 ff.
 - 3) Vgl. nur Baumann, AT, S. 150.
 - 4) Baumann, AT, S. 150.
 - 5) Ebenso im besonderen Hinblick auf "Auslegung und Geltung des Strafrechts im wirtschaftlichen Bereich" Tiedemann, Tatbestandsfunktionen S. 59 (u.) = Wirtschaft strafrecht und Wirtschaftskriminalität, Bd.1, S. 177.

len Charakters der teleologischen Gesetzesauslegung bietet andererseits nach einem Wort von Franz von Liszt die stete Vergegenwärtigung des geschützten Rechtsgutes letztlich gleichwohl das einzige Schutzmittel gegen den "Verfall in Formalismus".¹⁾

2) Individualrechtsgüter und überindividuelle Rechtsgüter

Zwar hat der Rechtsgutsbegriff als ein Produkt des Frühliberalismus bereits Anfang des 19. Jahrhunderts in die Dogmengeschichte Eingang gefunden²⁾ und läßt sich eine Rechtsgüterordnung in der Strafgesetzgebung noch sehr viel weiter zurückverfolgen.³⁾ Gleichwohl ist insbesondere seit den siebziger Jahren dieses Jahrhunderts die Befassung mit dem "Rechtsgut" - in Zusammenhang mit den

1) Franz von Liszt, Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, Bd. 1 (1905), S. 223.

2) Vgl. insbes. Sina, Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs "Rechtsgut" (1962), S. 14 ff.; ferner z.B. Jescheck, AT, S. 205 ff.; Maurach-Zipf, AT, Teilb. 1, S. 277 f.

3) Vgl. Würtenberger, Das System der Rechtsgüterordnung in der deutschen Strafgesetzgebung seit 1532, Strafrechtliche Abhandlungen Heft 326 (1933), S. 13 ff.

Die geschichtliche Entwicklung des Rechtsgutsbegriffs kann an dieser Stelle nicht weiter vertieft werden. Hierzu sei vor allem auf die Untersuchungen von Sina (a.a.O., Fn.2) und Amelung, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft (1972), verwiesen.

rechtspolitischen Bestrebungen zur Reform des StGB - in besonders starkem Maße in den Vordergrund der literarischen Diskussion gerückt.¹⁾

Trotz (oder: gerade wegen) zahlreicher, z.T. umfangreicher literarischer Erörterungen ist die Begriffsbestimmung des Begriffs "Rechtsgut" noch keineswegs abgeschlossen²⁾ und manche Frage noch offengeblieben: Die unterschiedliche Akzentuierung der verschiedenen Bedeutungsebenen des Rechtsguts führt naturgemäß auch zu differierenden Definitionen.

Immerhin dürfte die begriffliche Unterscheidung zwischen Rechtsgut und Handlungsobjekt (konkretem Angriffsobjekt) nunmehr dogmatisches Allgemeingut

-
- 1) Vgl. nur Amelung, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft (1972); Hassemer, Theorie und Soziologie des Verbrechens (1973); Lampe, Rechtsgut, kultureller Wert und individuelles Bedürfnis, in: Welzel-Festschrift (1974), S. 151 ff.; Marx, Zur Definition des Begriffs "Rechtsgut" (1972); Otto, Rechtsgutsbegriff und Deliktstatbestand, in: Müller-Dietz (Hrsg.), Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik (1971), S. 1 ff.; Rudolphi, Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs, in: Honig-Festschrift (1970), S. 151 ff.; Sax, "Tatbestand" und Rechtsgutsverletzung, JZ 1976, S. 9 ff., 80 ff., 429 ff.; Tiedemann, Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht (1969).
- 2) Auf eine "Krise des Rechtsgutsbegriffs" weist - aus rechtsvergleichender Sicht - Arzt, Der Ruf nach Recht und Ordnung (1976), S. 148 f. hin. Ders. skeptisch auch in BT, LH 1, S. 2 ff. (3): "... oft übertriebene Erwartungen, die mit dem Rechtsgutsbegriff verbunden sind ...".

sein.¹⁾ Desgleichen kann man für die naheliegende Unterscheidung zwischen Gütern des Einzelnen (Individualrechtsgütern) und Gütern der Allgemeinheit (Universalrechtsgütern bzw. sozialen oder auch überindividuellen Rechtsgütern²⁾ auf die wohl ganz herrschende Lehre verweisen³⁾, wobei freilich auch die Feststellung Hassemers⁴⁾ überwiegende Zustimmung finden dürfte, daß es "keine Rechtsgüter der Allgemeinheit ohne Individualbezug ... (und) keine Rechtsgüter des Einzelnen ohne Universalrelevanz" gibt.

Mit einem verbreiteten Arbeitsbegriff sollen hier Rechtsgüter unter Zuhilfenahme einer zugegebenermaßen allgemein gehaltenen Definition als für die Gemeinschaft und damit auch für die Stellung und Freiheit

-
- 1) Vgl. nur Baumann, AT, S. 137; Maurach-Zipf, AT Teilb. 1, S. 281. Davon muß der Umstand unterschieden werden, daß im konkreten Fall – insbesondere bei Angriffen gegen Einzelne – ein Zusammentreffen von angegriffenem Handlungsobjekt und gefährdetem oder verletztem Rechtsgut möglich ist. Diese Übereinstimmung ist allerdings nur, wie Maurach-Zipf, AT Teilb. 1, S. 281, zu Recht ausführt, eine zufällig-tatsächliche, aber keine rechtliche. Es liegt nicht das Verhältnis der Identität vor, wie Maurach, AT (4. Aufl. 1971) S.216, meint, sondern (allenfalls) Kongruenz.
 - 2) Dazu vor allem Tiedemann, Tatbestandsfunktionen S.66 ff. et passim; ders., Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität, Bd. 1, S. 50 f.
 - 3) Vgl. nur Baumann, AT, S. 137; Maurach-Zipf, AT Teilb. 1, S. 280.
 - 4) Hassemer, Theorie und Soziologie des Verbrechens, S. 231.

des einzelnen Rechtsgenossen unverzichtbare und aus diesem Grunde "werthafte Funktionseinheiten"¹⁾ umschrieben werden.

Die Betonung der prozeßhaften Dimension des Rechtsguts bedeutet freilich keine grundsätzliche Ablehnung derjenigen Umschreibungsversuche, die nicht den Schutz bestimmter Interaktionsprozesse als das Kennzeichnende erachten, sondern den Aspekt des rechtlich geschützten Interesses²⁾ oder werthafte(n) Zustandes³⁾ hervorheben. Es wird hier auch dahingestellt, ob es sich bei Individualrechtsgütern und Interaktionsprozessen um "wesensmäßig verschiedene und selbständige Arten von Rechtsgütern" handelt, wie beispielsweise Sieber⁴⁾ in einer den aktuellen Stand der Diskussion zusammenfassenden Darstellung ausführt, oder ob nicht auch die "scheinbar so statischen" Individualrechtsgüter letztlich - ebenso wie geschützte Interaktionsprozesse - wegen der ihnen innewohnenden Wirkungsmöglichkeiten geschützt werden.⁵⁾ Daß es sich hier wohl eher nur um einen Scheingegensatz

1) Vgl. dazu Rudolphi, in: SK Vorbem. 8 vor § 1 mit zahlreichen weit. Nachw.

2) Baumann, AT, S. 137; Maurach-Zipf, AT Teilb. 1, S. 279.

3) Welzel (11. Aufl.), S. 4; Jäger, Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten (1957), S. 13; Roxin, JuS 1964, 381 f.

4) Sieber, Computerkriminalität und Strafrecht (1977), S. 261.

5) Rudolphi, in: SK Vorbem. vor § 1 Rn. 9.

und statt dessen um ein Problem der Graduierung handelt, belegt im übrigen Sieber¹⁾ selbst mit seinem Hinweis auf die Ausführungen von Sax²⁾ und insbesondere Tiedemann³⁾ zum dem Problem der "Abschichtung" der zu schützenden Interaktionsprozesse.

So braucht auch nicht die Frage weiter vertieft werden, ob wirklich sämtliche Rechtsgüter am Ende auf verfassungsrechtlich gewährleistete (Individual)Werte zurückzuführen sind.⁴⁾ Im Ergebnis ist nämlich die Feststellung Tiedemanns⁵⁾ unbestreitbar, daß "zahlreiche Tatbestände insbesondere des Nebenstrafrechts (...) dagegen in eine solche Konkretetheit hinein abgeschichtet (sind), daß Bezüge zu Individualwerten des Grundgesetzes kaum erkennbar und häufig nur höchst mittelbar hinter gestuften Gemeinwohlwerten abzuheben sind."

Weiter wird der Gegensatz zwischen Individualrechtsgut und überindividuellem Rechtsgut auch dadurch relativiert, daß Rechtsgüter ohnehin keine "erratischen Blöcke" darstellen, sondern Beziehungsbegriffe sind⁶⁾, und also auch Individualrechtsgüter "ihr Dasein in dem 'In-Funktion-Sein' finden".⁷⁾

1) Sieber, Computerkriminalität S. 262.

2) Sax, Grundsätze der Strafrechtspflege, in: Bettermann/Nipperdey/Scheuener, Die Grundrechte (1959), 3. Bd., 2. Halbb., S. 909 ff., 912 f.

3) Tiedemann, Tatbestandsfunktionen S. 121 m. weit. Nachw. sowie S. 30 ff.

4) Sax, Grundsätze S. 912 f.

5) Tiedemann, Tatbestandsfunktionen S. 31.

6) Tiedemann, Tatbestandsfunktionen S. 115.

7) Tiedemann, Tatbestandsfunktionen S. 116 m. weit. Nachw. Welzel, ZStW 58 (1939), S. 514 f., 515.

3) Das Rechtsgut als Leitbegriff der Kriminalpolitik

Die Bedeutung des Rechtsgutsbegriffs erschöpft sich nicht in dessen hermeneutischer Funktion bei der Anwendung des geltenden Strafrechts. Über die Auslegung der gegenwärtigen Straftatbestände hinaus führt die Frage nach dem Rechtsgut zur Aufdeckung etwaiger "Regelungslücken" und bietet so einen Ausgangspunkt für kriminalpolitische Überlegungen.

Das Strafrecht bezweckt Rechtsgüterschutz. ¹⁾ Das Rechtsgut bildet deshalb den "materielle(n) Kern jeder Verhaltensnorm und jedes auf dieser aufbauenden Tatbestandes" ²⁾ In diesem Sinne bedroht jede Straftat ein Rechtsgut. ³⁾

Die Verhängung von Kriminalstrafe als ein gravierender Eingriff in die Würde, Freiheit und/oder das Eigentum des Menschen verstieße gegen den verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, wenn nicht ein "von der Gesamtheit oder den maßgeblichen Schichten der staatlichen Gemeinschaft anerkanntes Interesse" ⁴⁾ oder "unverzichtbare und deshalb werthafte Funktionseinheiten" ⁵⁾ in Frage stünden. Die weitere Frage, ob nicht die Existenz

1) Jescheck, AT, S. 124.

2) Maurach-Zipf, AT, S. 282; vgl. auch Krümpelmann, Die Bagatelldelikte (1966), S. 66 m. Nachw.: Rechtsgutsverletzung als "Kern des Unrechts".

3) Vgl. Jescheck, AT, S. 207 m. Nachw.

4) So die Formulierung von Zipf in: Maurach-Zipf, AT, S. 279.

5) Rudolphi, in: SK Vorbem. 8 vor § 1.

eines letztlich im Grundgesetz verankerten Rechtsgutes von Verfassungs wegen sogar staatlichen (Kriminal)Strafrechtsschutz gebietet, - im Sinne des Urteils des Bundesverfassungsgerichts zur Schwangerschaftsunterbrechung ¹⁾.. ist damit im übrigen noch nicht beantwortet.

Im vorliegenden Zusammenhang mag die Feststellung hinreichen, daß mit Hilfe der Untersuchung von - noch näher zu definierenden Rechtsgütern- das strafrechtliche Normensystem auf Lücken oder "Regelungsdefizite" hin überprüft werden kann.

4) Das Verhältnis des Kriteriums der Sozialschädlichkeit zum Rechtsgutsbegriff

Mit der Frage möglicher Rechtsgutsverletzung teilweise identisch bzw. eng verzahnt ist das Problem der Sozialschädlichkeit menschlichen Verhaltens.

Das Verhältnis von Sozialschädlichkeit und Rechtsgutsbegriff ist im einzelnen nicht voll geklärt und wird letztlich maßgeblich davon bestimmt, ob man den Begriffsumfang der Sozialschädlichkeit bzw. des Rechtsguts weit oder eng faßt. Nach wohl richtiger Auffassung ist die Feststellung daß überhaupt ein Rechtsgut tangiert wird, einer mögli-

1) BVerfGE 39, 1 ff.

Grundsätzlich hierzu Müller-Dietz, Zur Problematik verfassungsrechtlicher Poenalierungsgebote, in: Dreher-Festschrift (1977), S. 97 ff.

chen Bejahung der Sozialschädlichkeit dieser Verletzung vorgegeben.¹⁾ Mit Hilfe des Kriteriums der Sozialschädlichkeit wird dann aus wertender Betrachtung bestimmt, "welche Rechtsgüter so schutzwürdig sind, daß ihr Schutz mit dem schärfsten staatlichen Zwangsmittel ... sichergestellt werden muß".²⁾ Nicht jede Rechtsgutsverletzung ist somit sozialschädlich; während umgekehrt jedes sozialschädliche Verhalten auch ein Rechtsgut verletzt. Und ob schließlich eine sozialschädliche Rechtsgutsverletzung unter dem Gesichtspunkt der Strafwürdigkeit mit Kriminalstrafe bedroht werden soll, ist keine Frage des Rechtsgutsbegriffes, sondern - wie auch das Bundesverfassungsgericht anerkannt hat - ein Problem der Kriminalpolitik.³⁾

So entspricht es heute herrschender Auffassung, daß der wichtigste Maßstab bei der Schaffung neuer⁴⁾ Straftatbestände - aber auch bei der Überprüfung der Rechtfertigung des Weiterbestehens schon vorhandener - die sogenannte Sozialschädlichkeit des zu inkriminierenden oder in-

1) So wohl auch Amelung, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, S. 393 ff.

2) Maurach-Zipf, AT, S. 175; vgl. auch Jescheck, AT, S. 206.

3) BVerfGE 6, 389, 437; Jescheck, AT, S. 206 f.; Maurach-Zipf, AT, S. 278. Noch stärker um ein Problem nur des Rechtsgutsbegriffs handelt es sich demgegenüber wohl nach einer anderen, in der Literatur verbreiteten Auffassung. Vgl. z.B. Jäger, Sittlichkeitsdelikte S. 6 ff. 121 ff.

Aus dogmatischer Sicht zum Verhältnis von Sozialschädlichkeitstheorie und Rechtsgutslehre insbesondere Amelung, Rechtsgüterschutz S. 393 ff.

4) Zur Bedeutung des Maßstabs der Sozialschädlichkeit für die Kriminalisierung wettbewerbswidriger Wirtschaftsprozesse vgl. insbes. Tiedemann, Kartellrechtsverstöße S. 95 ff.

kriminierten Verhaltens ist.¹⁾ Sozialschädlich sollen danach solche Verhaltensweisen sein, die wichtige Interessen des Einzelnen oder fundamentale Allgemeininteressen verletzen. Wann dies der Fall ist, ergibt sich nach dieser Lehre auf der Grundlage kriminologisch-empirischer Befunde und durch die Konfrontation mit sozial-ethischen Bewertungen.²⁾ Die letzteren ermöglichen zudem die Mitberücksichtigung eines möglichen Handlungsunwertes.³⁾

Für die Qualifizierung des konkreten Verhaltens im Einzelfall als in diesem Sinne "sozialschädlich" verbleibt freilich angesichts der Weite des Maßstabes ein großes Maß an Unbestimmtheit und ist eine weitere Einengung geboten.⁴⁾

Insbesondere verliert auch das vielberufene Kriterium der Sozialethik hier dann seine Tauglichkeit als Abgrenzungshilfe, wenn es, wie Tiedemann dargelegt hat,⁵⁾ mit dem

-
- 1) Vgl. Jescheck, öJZ 1971, S. 2; ders. AT, S. 38; Maurach-Zipf, Allgemeiner Teil, S. 175 f.; Müller-Emmert, Sozialschädlichkeit und Strafbarkeit, GA 1976, S. 291 ff.; Schmidhäuser, AT, S. 29; Tiedemann, ZStW Bd. 86 (1974) S. 308 ff.; ders., Kartellrechtsverstöße S. 95.
 - 2) Maurach-Zipf, a.a.O. (Fn. 2); Tiedemann, ZStW a.a.O. (Fn. 2) S. 308; ders., Kartellrechtsverstöße S. 95; Würtenberger, Die geistige Situation der deutschen Strafrechtspflege, S. 69; Zipf, Kriminalpolitik S. 67f.
 - 3) Vgl. Jescheck, AT, S. 125 mit weit. Nachw.
 - 4) Offenkundig wird dies angesichts solcher allgemein gehaltenen Darlegungen wie derjenigen Savers (Allgemeine Strafrechtslehre, 3. Aufl. 1955, S. 56), wonach sozialschädlich ist, was der Gesellschaft mehr schadet als nützt.
 - 5) Tiedemann, Kartellrechtsverstöße S. 96.

Maßstab der Sozialschädlichkeit gewissermaßen identifiziert wird¹⁾, bzw. es nur als dessen pleonastische Umschreibung herhält.

Wohl auch zur Vermeidung dieses Problems bedient sich ein Teil der Literatur eines Begriffs der Sozialethik, der diesen auf "unmittelbar einsichtige, geradezu primitive Werte"²⁾ beschränkt.³⁾ Dagegen wendet jedoch wiederum Tiedemann zu Recht ein, daß "bereits zahlreiche nicht ernsthaft bestrittene Normen des Kernstrafrechts weit von dieser Einengung auf den Schutz elementar-primitiver, jedermann einsichtiger Werte entfernt" seien.⁴⁾ Schon Georg Jellinek⁵⁾, auf den die meisten sozialetischen Lehren zurückgingen, habe mit der Formel vom sog. sozial-ethischen Minimum nicht nur das allgemeine Verbot des "neminem laedere", sondern die Erhaltung und Förderung der Gesellschaft überhaupt bezeichnen wollen.

Bleibt andererseits der Begriffsumfang der Sozialethik

1) Franzheim, GA 1962, 136 f., 138 ff.; Arthur Kaufmann, JZ 1956, 394; Schmidhäuser, Gesinnungsmerkmale S. 166.

2) Tiedemann, Kartellrechtsverstöße S. 96.

3) So z.B. Schmidhäuser, Gesinnungsmerkmale S. 15; H. Mayer, in: Materialien zur Strafrechtsreform Bd. 1 (1954), S. 259, 273; Welzel (11. Aufl.), S. 1, 4.

In diesem Sinne insbesondere auch Sax, Grundsätze S. 928, nach dem über "die Stärke des Wertbezugs eines Schutzgutes und damit seine Proportionalität zum 'sittlichen Pathos' der Strafe" nicht die "Strafwürdigkeit seiner Verletzung ... sondern der Grad der Erkennbarkeit seiner Wertbezogenheit" entscheidet.

4) Tiedemann, Kartellrechtsverstöße S. 96.

5) Vgl. Georg Jellinek, Die sozialetische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe (2. Aufl. 1908), S. 21 f.

weit und konturschwach, stellt diese aber kein geeignetes Abgrenzungskriterium mehr dar, sondern weist sie letztlich nur auf die vorhandene Grenzziehungsproblematik hin. Nach einer Formulierung Tiedemanns¹⁾ bedeutet dies, daß die Sozialethik "als Abgrenzungsmaßstab an Bedeutung verliert und lediglich noch die grobe Richtung anzeigen kann: daß nur gravierende Verstöße gegen wesentliche Interessen des Einzelnen und der Gesellschaft kriminell strafwürdig sind. Was gravierend und was wesentlich ist, steht folglich nur in einem Kernbereich wirklich fest und bestimmt sich in den vielen sonstigen Bereichen nach dem Ausgangspunkt der Sozialschädlichkeit, die wiederum von der Gesamtheit der normativen Wertungen nicht zu trennen ist."

Bei der Auffindung dieser bereits gesetzten oder erst noch zu statuierenden Rechtswerte erweist sich erneut die schon erwähnte "Unumgänglichkeit" des Rechtsgutsbegriffs. Wie freilich z.B. die aktuelle Diskussion zum Schutzgut des Straftatbestandes des Kreditbetrugs (§ 265 b StGB) zeigt, eignet auch der methodischen Orientierung am (materiellen) Rechtsgut insoweit formaler Charakter, als das maßgebliche Rechtsgut letztlich durch (rechtspolitische) Dezision bestimmt und nicht lediglich "ermittelt" wird. Dies führt zu praktischen Konsequenzen: danach, ob "das überindividuelle Rechtsgut der Kredit- und Volkswirtschaft"²⁾ oder das Vermögen geschützt wird, liegt gegen-

1) Tiedemann, Kartellrechtsverstöße S. 97. In diesem Sinne zum Beispiel auch Roxin, Henkel-Festschrift (1974), S. 174: "Die Sozialschädlichkeit ist ein inhaltliches sachlicher Feststellung trotz aller Probleme prinzipiell zugängliches Kriterium".

2) So der Bericht und Antrag des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform, BT-Drucks. 7/5291, S. 16.

über dem Betrug Ideal-¹⁾ oder Gesetzeskonkurrenz (Subsidiarität)²⁾ vor.

Vergleichbare Probleme scheinen durch den Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung der Umweltkriminalität "vorprogrammiert". Geht die Amtliche Begründung davon aus, Schutzgut sei die "Umwelt", und deren Schutz diene "mittelbar auch dem Menschen",³⁾ soll ein neues Umweltschutzstrafrecht nach der Meinung der Verfasser des Alternativ-Entwurfs den "Schutz menschlichen Lebens und menschlicher Gesundheit vor den Gefahren der Umwelt"⁴⁾ bewirken.

Insgesamt wird hierdurch die Bedeutung des Rechtsguts als eines Leitprinzips der Auslegung von Gesetzen aber nicht geschmälert, da jeglicher Auslegung die Möglichkeit divergierender Ergebnisse notwendig inhärent ist.

1) Vgl. Tiedemann, in: LK § 265 b Rn. 13, 89 m. weit. Nachw.

2) So aber Lackner, § 265 b Anm. 6 m. weit. Nachw.; Samson, in: SK § 265 b Rn. 28.

3) BT-Drucks. 8/2382, S. 10.

4) Alternativ-Entwurf, Besonderer Teil, 2. Halbb., S. 49.

II. § 26 Abs. 1 GWB - Die geschützten Rechtsgüter und die Sozialschädlichkeit ihrer Verletzung

Welche Rechtsgüter im Falle der Boykottaufforderung, der Liefer- oder Bezugssperre oder verwandter Maßnahmen verletzt werden können, welchen Rang ihnen die Gesamtrechtsordnung zumißt und welches Ausmaß an Sozialschädlichkeit ihre Verletzung deshalb aufweist, soll nunmehr im einzelnen angesichts der von Tiedemann erwähnten Gesamtheit der normativen Wertungen untersucht werden.

1) Geschützte Rechtsgüter

Die Schutzwirkungen von § 26 Abs. 1 GWB entfalten sich sowohl in individualrechtlicher Hinsicht als auch in Richtung eines Institutionenschutzes.

Der individualrechtlichen Komponente des Boykottverbots kommt nach allgemeiner Auffassung dabei die überwiegende Bedeutung zu.¹⁾ Diese Ansicht kann sich neben dem Hinweis darauf, daß es sich bei § 26 Abs. 1 GWB um ein Schutzgesetz im Sinne von § 35 GWB²⁾ handelt, darauf stützen, daß schon unter der Geltung der besatzungsrechtlichen Dekartellierungsvorschriften das Boykottverbot des Art. 5

1) Vgl. Tiedemann, Kartellrechtsverstöße S. 105, 17.

2) Benisch, in: Gemeinschaftskommentar § 35 Rn. 4, § 26 Abs. 1 Rn. 29; Frankfurter Kommentar § 35 Tz. 40; Langen/Niederleithinger/Schmidt § 26 Rn. 154; WuW/E BGH 1212.

Ziff. 9 c 4¹⁾ Überwiegend als Schutzgesetz im Sinne des § 823 BGB angesehen wurde.²⁾ Die starke Betonung, die Lehre und Praxis auf den Aspekt des Individualschutzes legen, erklärt sich des weiteren damit, daß neben den speziellen Ausprägungen des allgemeinen Boykottverbots in § 26 Abs. 1 GWB und in der Praxis zu § 1 UWG vor allem eine umfängliche Judikatur unter dem Gesichtspunkt des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb Zulässigkeits- bzw. Verbots Grenzen des Boykotts gezogen hat.³⁾ Freilich wird zumeist eine genaue Abgrenzung und Definition der verschiedenen vom Schutzbereich des § 26 Abs. 1 GWB erfaßten Individualrechtsgüter bzw. Schutzrichtungen nicht vorgenommen.⁴⁾

Es handelt sich hierbei zum einen um den bereits erwähnten Schutz des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebe-

1) Vgl. MRG 56, ABl. der Amerik. Militärregierung v. 1.4. 47, 2 sowie MRVO 78, ABl. der Brit. Militärregierung Nr. 16, 412; abgedruckt bei Rowedder, Kartellrecht (1954).

2) Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbsrecht, UWG § 1 Rn. 234 mit Nachw.

3) Vgl. hierzu insbesondere Polzius, Zulässigkeit und Grenzen des wirtschaftlichen Boykotts (Diss. Köln 1961) S. 38 ff. mit weit. Nachw.; BGHZ 24, 200, 204 ff. Kritisch gegenüber diesem Institut gerade im Hinblick auf seine Verträglichkeit mit Wettbewerbsordnung und Wirtschaftsverfassung Kübler, AcP 172 (1972), S. 177 ff.

4) Repräsentativ hierfür Langen/Niederleithinger/Schmidt § 26 Rn. 4: "... die Wettbewerbsfähigkeit der Wettbewerber ... sowie die Wettbewerbsfähigkeit der Unternehmen auf den vor- und nachgelagerten Marktstufen und damit auch den Wettbewerb als Institution".

triebs¹⁾, der insoweit auch eine Funktion des § 26 Abs. 1 GWB darstellt.

Daneben schützt § 26 Abs. 1 GWB aber auch allgemeiner die wirtschaftliche Handlungsfreiheit der am marktwirtschaftlichen Prozeß Beteiligten bzw. zu ihm Zugang Suchenden ("newcomer"). Diese letztere Schutzrichtung läßt sich unter dem Begriff der Marktzutrittschance zusammenfassen.²⁾

Der institutionenrechtliche Charakter des Boykottverbots folgt systematisch schon aus dessen Einstellung in das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen. § 26 Abs. 1 GWB "will im öffentlichen Interesse den Wettbewerb funktionsfähig erhalten".³⁾ Durch die Vorschrift werden so neben dem einzelnen Wirtschaftler zugleich "Wettbewerbsfreiheit und Wettbewerb als Institution"⁴⁾ geschützt.

Die ordnungspolitische Dimension des Boykottverbots und

-
- 1) Vgl. Polzius, Zulässigkeit S. 38 ff.; Tiedemann, Kartellrechtsverstöße S. 17: "Im Unternehmen des Mitbewerbers verkörperter Wert"; ders., Wettbewerb und Strafrecht S. 30.
 - 2) Schmidt, Wettbewerbspolitik S. 378; vgl. auch Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbsrecht Allg. Rn. 17, 20, 27.
 - 3) Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbsrecht § 1 UWG Rn. 234.
 - 4) So Tiedemann, Kartellrechtsverstöße S. 102 ff.
 - 5) Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbsrecht UWG § 1 Rn. 235; Langen/Niederleithinger/Schmidt § 26 Rn. 4; Tiedemann, Kartellrechtsverstöße S. 17, 125.

der von ihm bewirkte und bezweckte Individualschutz sind untrennbar miteinander verbunden.¹⁾ Das Rechtsgut des (lauteren) Leistungswettbewerbs als Institution findet sich "abgeschichtet" als Individualschutz des einzelnen Unternehmens vor Behinderungsmaßnahmen wieder. Ihre enge Verknüpfung offenbart sich dann besonders deutlich, wenn Inhaber wirtschaftlicher Machtstellungen sich des Boykotts als Kampfmittel bedienen:

Zumal dann, wenn Träger wirtschaftlicher Macht zum Boykottaufruf greifen, steht nämlich zu befürchten, daß sie ihre Aufforderung auch erfolgreich durchsetzen und der von ihnen Verrufene daraufhin umfassend gesperrt und somit beeinträchtigt wird. Umgekehrt stellt dann folglich die erfolgreiche Sperrveranlassung dritter Unternehmen auf vor- oder nachgeordneter oder auf gleicher Stufe ein Indiz von Marktmacht dar und offenbart sich so ein wettbewerbspolitisch bzw. ordnungspolitisch relevanter Sachverhalt.²⁾ Die Existenz mehrerer Schutzzwecke im GWB³⁾, zwischen denen ein Spannungsverhältnis bestehen kann, hat nun allerdings Teile des Schrifttums bewogen, - vornehmlich aus rechtspolitischer Sicht - vor

1) Vgl. Tiedemann, Kartellrechtsverstöße S. 105; hierzu zusammenfassend Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbsrecht, Allg. Rn. 86 ff.

2) Zu der vergleichbaren Situation bei der (einfachen) Lieferverweigerung Schmidt, Wettbewerbspolitik S. 88.

3) Dazu umfassend Säcker, Zielkonflikte und Koordinationsprobleme im deutschen und europäischen Kartellrecht (1972), S. 11 ff. m. weit. Nachw.

einer zu starken Betonung der Individualschutzkomponente des Boykottverbots zu warnen.¹⁾ So fürchtet Ulmer²⁾, "daß ein zu weit gehender Individualschutz im Wettbewerb den Grundsatz der Wettbewerbsfreiheit in sein Gegenteil verkehren und auf eine Bestandsgarantie vorhandener Unternehmen hinauslaufen könnte".

Diese Auffassung verdient in ihrem dogmatischen Ausgangspunkt zwar Zustimmung. Es ist unbestritten, daß das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen eine wirtschaftspolitische und eine gesellschaftspolitische Komponente enthält. Der Schutz der wirtschaftspolitischen Funktion des Wettbewerbs dient der "optimalen Faktorallokation und Ressourcenverteilung durch die Steuerungs- und Antriebskräfte des Wettbewerbs, d.h. der Erreichung eines höchstmöglichen ökonomischen Nutzens, und kann dementsprechend dort zurücktreten, wo der ökonomische Nutzen auf andere Weise als durch die Wettbewerbskräfte besser erreichbar ist".³⁾ Dagegen soll die gesellschaftspolitische Funktion des Wettbewerbs "die rechtliche Bindung privater Macht gewährleisten". Hierdurch solle nicht nur die individuelle Handlungsfreiheit der Marktpartner, sondern auch, wenn nicht sogar vorrangig, "die Sicherung der demokratisch-rechtsstaatlichen Verfassung und der auf der Prämisse der Marktgleichheit aller Privatrechtssubjekte beruhenden freiheitlichen Privatrechtsordnung" bewirkt werden.⁴⁾

Diese unbestreitbaren Feststellungen tragen als solche

1) Ulmer, in: Tagungsberichte der Sachverständigenkommission zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität Bd. 10 1976 Anl. 2 S. 19 ff.

2) Ulmer, Tagungsberichte Bd. 10 S. 21 f.

3) Ulmer, Tagungsberichte Bd. 10 S. 18.

4) Ulmer, Tagungsberichte Bd. 10 S. 18;
Säcker, Zielkonflikte, S. 24.

aber noch nicht das Bedenken, daß eine "Betrachtung, die den 'Freiheitsschutz' im Rahmen des GWB schlechthin dem Bereich des Individualschutzes zuordnet", den aus "dem grundsätzlichen Marktbezug des GWB" folgenden Besonderheiten nicht hinreichend Rechnung trage.¹⁾ Daß der Marktbezug wettbewerbswidriger Handlungen von den Tatbeständen des GWB in durchaus unterschiedlichem Maße berücksichtigt wird, zeigt allein schon der auch von Ulmer hervorgehobene Umstand, daß "das für das Kartellverbot des § 1 GWB anerkannte, auf den relevanten Markt bezogene Merkmal der Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung ... in § 26 Abs. 1 und 2 keine Entsprechung" findet.²⁾

Moch bedeutsamer ist jedoch, daß auch der Individualschutz - zumindest reflexhaft - notwendig zugleich die Institution des Wettbewerbs sichert, und dabei sowohl dessen wirtschaftspolitische als auch die gesellschaftspolitische Funktion umfassend gewährleistet. Das Problem liegt mit anderen Worten nicht in der Verschiedenartigkeit der Schutzzwecke, sondern lediglich in der Technik ihrer Verfolgung.

Eine Beeinträchtigung der wettbewerbspolitischen Funktion des GWB durch übermäßigen Individualschutz droht weiter ohnehin nur dort, wo eine Überbetonung des Individualschutzes den erwünschten Leistungswettbewerb hemmt. Beim Boykott als typischem Fall des Nichtleistungs- bzw. Behinderungswettbewerbs kann dieses Spannungsverhältnis da-

1) So aber Ulmer, Tagungsberichte Bd. 10 S. 19 f.

2) Ulmer, Tagungsberichte Bd. 10 S. 19.

gegen schon prinzipiell nicht auftreten.¹⁾

Überhaupt berücksichtigt die umfängliche Diskussion zu den Schutzzwecken des GWB den Umstand insoweit nicht zureichend, daß GWB und UWG nur Teile einer gemeinsamen Gesamtordnung des Wettbewerbs sind.²⁾ Dabei legt das wirtschaftspolitisch neutrale UWG³⁾ zwar seinen Hauptakzent auf die Lauterkeit des Wettbewerbs und weist eine stark individualistische Komponente auf⁴⁾, während das GWB vorrangig den Bestand des Wettbewerbsprozesses schützt.⁵⁾ Diese Zielsetzungen widersprechen aber nicht einander, "sondern ergänzen sich in ihrer individuellen und sozialen Schutzwirkung wechselseitig".⁶⁾ Ob und in welchem Ausmaß

1) Deutlich zu der grundsätzlichen Frage des Verhältnisses von UWG und GWB Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbsrecht, Allg. Rn. 87: "Nur im Rahmen der Lauterkeit ist die Wettbewerbsfreiheit instituiert".

2) Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbsrecht, Allg. Rn. 86 ff. Fikentscher, Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz (1958), S. 5; Eugen Ulmer, Das Recht des unlauteren Wettbewerbs in den Mitgliedsstaaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, Bd. I, S. 3 f.; a.A. Frankfurter Kommentar Einl. D Tz. 45 ff.

3) Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbsrecht, Allg. Rn. 79; Tiedemann ZStW Bd. 86 (1974), 1019.

4) Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbsrecht, Allg. Rn. 88.

5) Statt aller Säcker, Zielkonflikte S. 11 ff. mit Nachw.

6) Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbsrecht, Allg. Rn. 88. Dementsprechend hält Ipsen, Kartellrechtliche Preiskontrolle als Verfassungsfrage (1976), S. 42 f. "den Disput um die Festlegung des GWB auf einen 'Hauptzweck wirtschaftspolitischer oder persönlichkeitsrechtlicher Art' (für) abwegig".

Nach Scholz, Wirtschaftsaufsicht und subjektiver Konkurrentenschutz (1971), S. 29, entzieht sich der Schutzzweck des GWB sogar jeder juristischen Rechtsgütersystematik.

die einzelne Norm Individualschutz bezweckt, läßt sich aus ihrer systematischen Einordnung in das GWB oder das UWG nicht herleiten, wie ja auch andererseits anerkannt ist, daß jede GWB-Norm auf das Vorliegen eines (individuellen zivilrechtlichen) Anspruchs (§ 35 GWB) jeweils gesondert nach ihrem Schutzzweck überprüft werden muß.

2) Sozialschädlichkeit

Die von Tiedemann ¹⁾ konstatierte "offenkundige Nähe zu dem allgemeinen individualistischen Nötigungstatbestand (§ 240 StGB)" sowie das Faktum, daß im Kommentarschrifttum - wenn auch recht pauschal - § 26 Abs. 1 GWB als möglicherweise idealiter zu § 240 konkurrierende Vorschrift aufgeführt ²⁾ wird, erlauben aus vergleichender Sicht auf andere Wertungen des Gesetzgebers einen ersten Schluß auf ein hohes Maß von Sozialschädlichkeit.

Die Anschauung der Auswirkungen von Boykottmaßnahmen sowie die Stellungnahmen von Judikatur und kartellbehörd-

1) Tiedemann, Kartellrechtsverstöße S. 105.

2) Benisch, in: Gemeinschaftskommentar § 26 Abs. 1 Rn. 30; Mayer-Wegelin, in: Gemeinschaftskommentar § 38 Rn. 18.

In dieser Richtung wohl auch Kartte/von Portatius, BB 1975, 1169, 1172. Vgl. ferner Baumann/Arzt, ZHR Bd. 134 (1970), 41, 49 f.; Leistner, Strafrechtliche Aspekte im Kartellrecht, S. 136 f. sowie (jüngst) BVerfGE 45, 272, 291: "Hinzu kommt, daß bestimmte wettbewerbswidrige Handlungen und Verhaltensweisen auch strafrechtlich geahndet werden können (etwa nach §§ 240, 263, 266 StGB)".

licher Praxis stützen diese Einschätzung: Die Beeinträchtigung des gesperrten Unternehmens ist zumeist gravierend; nicht selten droht die Vernichtung wirtschaftlicher (und damit auch: bürgerlicher) Existenz. Eine zum Zwecke der Betriebssabotage vorgenommene Sachbeschädigung¹⁾ steht in ihrem Schadensausmaß nicht nur mitunter hinter den schädlichen Folgen zurück, die eine nachdrückliche Boykottaufforderung herbeizuführen vermag. Im Hinblick auf das Ausmaß möglicher Auswirkungen²⁾ ergibt sich eine deutliche Parallele zur geschäftlichen Verleumdung (§ 15 UWG) mit dem Unterschied, daß die Boykottaufforderung zielgerichtet auf die Beziehungen einer Unternehmens nach außen hin einwirkt.

Die Boykottaufforderung zielt gegen eine Rechts- und Freiheitssphäre, der die Verfassung in vielfältiger Weise Schutz angeeignet läßt: Sowohl das durch Art. 14 geschützte Eigentum am Unternehmen wird angegriffen als auch die durch Art. 2 Abs. 1 bzw. 12 Grundgesetz verbürgte wirtschaftliche Handlungsfreiheit. Hierdurch werden die durch § 303 StGB bzw. § 240 StGB in allgemeiner Form geschützten Rechtsgüter Eigentum und persönliche Freiheit in ihrer wirtschaftlich-unternehmerischen Ausprägung tangiert. Angesichts der Bedeutung des Ökonomischen für die bürgerliche Existenz insgesamt handelt es

1) Vgl. dazu insbesondere Lampe, ZStW Bd. 89 (1977), 325, 326 ff.

2) Vom "Typus" her liegt insoweit eine gesetzliche Ausgestaltung als "abstraktes" Gefährdungsdelikt nahe. Andererseits ist bei der Boykottaufforderung das Moment des Aggressiven so ausgeprägt, daß von dem Gesichtspunkt der Gefährdung gänzlich abgesehen werden könnte. Insofern wäre auch eine Einschätzung als (schlichtes) Tätigkeitsdelikt zutreffend. Zu der (umstrittenen) Abgrenzung von konkreten, abstrakten und abstrakt-konkreten Gefährdungsdelikten vgl. nur Horn, in: SK Vor § 306 Rn. 1 ff. m. zahlr. weit. Nachw.

sich um einen Eingriff in Kernbereiche, der z.B. wesentlich gravierender ist als die durch § 240 StGB hinlänglich erfaßbare Nötigung des anderen Verkehrsteilnehmers im Straßenverkehr.

Die "möglichen existenzgefährdenden Folgen"¹⁾ von Boykottaufforderungen werden denn auch von der Kartellrechtspraxis betont. Nach Auffassung der Kommission der Europäischen Gemeinschaften handelt es sich um "eine der schwersten Zuwiderhandlungen gegen die Wettbewerbsregeln".²⁾

Boykottaufforderungen bewirken zudem eine erhebliche Erschütterung des freien, durch GWB und UWG verfaßten Wettbewerbs als Institution. Dabei mindert die Regionalität der meisten Boykottmaßnahmen die Grundsätzlichkeit des Angriffs gegen die Wettbewerbsordnung nicht. Das Moment des Aggressiven, das der Boykottaufforderung wegen ihrer Zielrichtung gegen die Sphäre Dritter innewohnt, ist vielmehr sogar in besonderem Maße geeignet, das Vertrauen der Allgemeinheit in die Geltungskraft der Wettbewerbsordnung zu erschüttern. Dies gilt um so eher, als Boykottmaßnahmen häufig nicht nur der Disziplinierung des Gesperreten dienen, sondern zugleich den anderen Angehörigen einer Branche ein abschreckendes Beispiel bieten sollen.

Insoweit ist es erlaubt, hierin auch eine Gefährdung des "Wettbewerbsfriedens" zu konstatieren, die gewisse Ähnlichkeit zu den vom StGB in §§ 126, 241 inkriminierten Gefährdungen des (allgemeinen) Rechtsfriedens aufweist.

Die Beeinträchtigung von Wettbewerbsfreiheit und Wettbe-

1) Vgl. "Sanitärgroßhandels-Fall", S. 48 ff.

2) Vgl. "Papiers peints de Belgique-Fall", S. 82, 84.

werb als Institution ist selbst nach Ansicht der Gegner einer Kriminalisierung von Kartellrechtsverstößen sozial-schädlich. Auch hat das Bundesverfassungsgericht festgestellt, daß "der Unrechtsgehalt von Kartellrechtsordnungswidrigkeiten im besonderen ... weit über das Bagatellunrecht der Ordnungswidrigkeiten hinausragen" kann.¹⁾

Der Boykottaufforderung eignet ein erheblicher Handlungsunwert.²⁾ Eine erfolgreiche konkrete Beeinträchtigung (Verletzung oder Gefährdung) des zu Sperrenden (Gesperreten) ist für das Sozialschädlichkeitsurteil deshalb nicht konstitutiv.

1) BVerfGE 45, 272, 290.

2) Zur Unterscheidung von Handlungsunwert und Erfolgsunwert im Wettbewerbsrecht vgl. insbesondere Ballerstedt, Handlungsunwert oder Erfolgsunwert im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen?, in: Böhm-Festschrift (1965 S. 179 ff. Danach bietet insbesondere § 25 Abs. 2 GWB "ein Beispiel eines in dem angewandten Mittel begründeten Handlungsunwerts ohne Rücksicht auf den Eintritt eines Erfolges. ... Das Moment der Gefährdung der Wirtschaftsordnung, wenngleich es unverkennbar mitspielt, braucht man zur Begründung des Unwerturteils nicht heranzuziehen" (S. 181). (Hierzu bleibt freilich anzumerken, daß Ballerstedt wohl nicht die kategoriale Unterscheidung zwischen abstraktem und konkretem Gefährdungsdelikt trifft.)

§ 26 Abs. 1 (a.F.), der ein "Veranlassen" forderte, rechnet Ballerstedt dagegen zu den durch den Erfolg qualifizierten Unrechtshandlungen (S. 182).

Diese Auffassung ist seit der Novellierung des § 26 Abs. 1 durch die Novelle von 1973 nicht mehr haltbar; vgl. auch Reg.Begr. zu dem Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des GWB, BT-Drucks. VI/2520, S.33 f.

Sofern es sich bei der (erfolgreichen) Boykottaufforderung um einen der Fälle handelt, in denen wirtschaftliche Macht mißbraucht wird, ist ihre Qualifikation als sozial-schädliches Verhalten ohnehin offenkundig. Dies bringen auch die Verfasser des Alternativ-Entwurfs zum Ausdruck, nach deren Formulierung "der mißbräuchliche Einsatz derartiger wirtschaftlicher Macht zu Zwecken der individuellen Schädigung und die Ersetzung der eigenen Leistung durch Macht als Mittel zur Erlangung eigener Vorteile ... sozial-schädlich und sozialetisch verwerflich ist."¹⁾

Ein gegenüber der "normalen" Boykottaufforderung gesteigertes Maß an Sozialschädlichkeit manifestiert sich vor allem aber auch dann, wenn der Verrufer - ohne eine Machtstellung inne zu haben - mittels Drucks andere Unternehmen zur Geschäftsverweigerung veranlaßt. Neben der darin liegenden Beeinträchtigung der Entschlußfreiheit des Sperrers ergibt sich hier zusätzlich häufig für diesen ein wirtschaftlicher Nachteil, welcher in dem abgenötigten Verzicht auf einzelne Geschäftsbeziehungen liegt.²⁾

Bedient sich der Verrufer wirtschaftlichen Drucks, ist bei wertender Betrachtung die schon erwähnte Parallele zur wirtschaftlichen Verleumdung (§ 15 UWG) besonders augenfällig: In beiden Fällen wird schädigend oder zu-

1) Alternativ-Entwurf, BT, Straftaten gegen die Wirtschaft, S. 29.

2) Vgl. "Schuhhandelsunternehmens-Fall", S. 46 f.

mindest gefährdend auf einen Betrieb eingewirkt. Ist hier der Kredit als Voraussetzung unternehmerischer Tätigkeit tangiert, richtet sich die Boykottaufforderung – noch umfassender – allgemein gegen die Geschäftsverbindungen zu Kunden oder Lieferanten. Liegt der spezifische Handlungsunwert bei der geschäftlichen Verleumdung im Einsatz falscher geschäftsschädigender Tatsachenbehauptungen, ergibt er sich bei der qualifizierten Boykottaufforderung aus der Kombination ohnehin wettbewerbswidriger Einflußnahme mit der Ausübung seinerseits wettbewerbswidrigen wirtschaftlichen Drucks.

Zusammenfassend kann somit festgestellt werden, daß jegliche Boykottaufforderung sozialschädlich ist. Zumindest ihre qualifizierten Formen weisen nach einem Vergleich zu anderen Tatbeständen ein für die Androhung von Kriminalstrafe hinreichendes Maß an Sozialschädlichkeit auf.

Gegen eine ausnahmslose Einstufung als (kriminal)strafwürdig spricht aus der Anschauung des Rechtszustands *de lege lata* freilich schon, daß der Gesetzgeber des GWB trotz der vorherrschenden Einschätzung des wirtschaftlichen Boykotts als regelmäßig rechtswidrig und sozialschädlich die Boykottaufforderung noch nicht einmal ausnahmslos als wettbewerbs- und ordnungswidrig einstuft, sondern dieses Urteil an eine Überprüfung des Unbilligkeitskriteriums bindet. Damit verzichtet er rechtstechnisch auf eine generalisierende und ausnahmslose Unrechts-

vertypung, welche nur im Einzelfall durch punktuell eingreifende Rechtfertigungsgründe relativiert werden könnten. Dieser Umstand allein wäre nun allerdings kein Argument dafür, daß in den Fällen, in denen das Unbilligkeitserfordernis erfüllt ist, "nur" Ordnungswidrigkeitenunrecht vorliegen müßte. Schließlich stellt auch § 240 StGB trotz seines Charakters als eines offenen Tatbestandes grundsätzlich immer nur vor die zuweilen unbefriedigende Alternative: rechtmäßiges Verhalten oder Kriminalunrecht.

Immerhin geben aber die im Vergleich zu den "herkömmlichen" Rechtfertigungsgründen doch offeneren und elastischeren Kriterien, die das Verdikt des Unbilligen bei § 26 Abs. 1 GWB ausschließen können, der Deutung Raum, daß zahlreiche Boykottaufrufe einer Zwischenzone angehören, die zwar schon rechtswidriges und sozialschädliches Verhalten, aber noch nicht Kriminalunrecht umfaßt. In einem Vorgriff auf kriminalpolitische Überlegungen soll sonach schon an dieser Stelle von der These ausgegangen werden, daß jedenfalls für einen weiten Bereich des wirtschaftlichen Boykotts die gegenwärtige Einstufung als Ordnungswidrigkeitsunrecht die angemessene gesetzgeberische Reaktion darstellt.¹⁾

Eine Eingrenzung des "harten Kerns" besonders sozialschädlicher Fälle erfordert deshalb die Berücksichtigung von zusätzlichen Unwertkriterien. Für die Abstufung des jeweiligen Maßes an Sozialschädlichkeit reicht dabei die Schwere der Beeinträchtigung des gesperrten oder zu sper-

1) Zudem sieht jetzt der Regierungsentwurf einer 4. GWB-Novelle (BT-Drucks. 8/2136) die Erweiterung des Bußgeldrahmens von gegenwärtig 100.000 auf 1 Mio. DM vor. Vgl. dazu K. Schmidt, ZRP 1979, 38, 39.

renden Unternehmens als Maßstab allein nicht hin. Dies belegt schon ein Hinweis auf das Kernstrafrecht, das z.B. in den §§ 211, 212, 222 die unterschiedliche Herbeiführung immer desselben Erfolgs höchst differenziert ahndet. Auch im Wettbewerbsrecht bilden grundsätzlich die Auswirkungen unternehmerischen Verhaltens nur ein Kriterium unter mehreren: selbst die (rein kausale) Herbeiführung des Ruins eines Mitbewerbers durch intensiven Leistungswettbewerb ist nicht nur grundsätzlich zulässig, sondern der Institution Wettbewerb geradezu wesensgemäß. Soll damit ein (quantifizierendes) Sozialschädlichkeitsurteil nicht nur als *petitio principii* zur Untermauerung kriminalpolitischer Entscheidungen dienen, kann es offensichtlich nicht nur isoliert in Ansehung der betroffenen Rechtsgüter und des Ausmaßes ihrer Verletzung gefällt werden. Vielmehr müssen auch Art und Weise der Rechtsgutsbeeinträchtigung, also der Verhaltensunwert, in diese Bewertung mit einbezogen werden.

Dies führt im Fall der Boykottaufforderung zu folgender Abstufung:

Als gezielter wettbewerbswidriger Eingriff in Rechtsgüter Dritter ist die Boykottaufforderung grundsätzlich immer sozialschädlich. Setzt der Verrufer zum Zwecke seines sozialschädlichen Tuns dabei noch besondere Mittel, insbesondere wirtschaftlichen Druck, ein, ist regelmäßig ein so hohes Maß an Sozialschädlichkeit verwirklicht, daß die Voraussetzungen für Kriminalstrafe gegeben sind. Zwar richtet sich der eingesetzte wirtschaftliche Druck unmittelbar und zunächst nicht gegen

den Verrufenen sondern gegen den Aufgeforderten. Da die angewandten Machtmittel die Erfolgsaussichten der Boykottaufforderung steigern, erhöhen sie jedoch zugleich auch die Gefährdung des Verrufenen und bedrohen so dessen Rechtsgutssphäre in verstärktem Ausmaß. Aus dem erhöhten Gefährdungsgehalt des Verrufterverhaltens sowie dem besonders massiven Verstoß gegen die Wettbewerbsordnung folgt das erhöhte Handlungsunrecht. Auch der Topos des Mißbrauchs einer wirtschaftlichen Machtstellung läßt sich insoweit zur Begründung gesteigerten Handlungsunrechts ergänzend heranziehen. Zwar konstituiert nicht erst die Innehabung einer Machtstellung als solche eine besondere Pflichtigkeit (potentieller) Verrufter, da die Boykottaufforderung per se wettbewerbswidrig und sozial-schädlich ist. Jedoch bewirkt in diesen Fällen das vorhandene Machtpotential nahezu zwangsläufig eine besonders nachdrückliche Beeinflussung des Sperrers. Auch können Inhaber wirtschaftlicher Macht einem Boykottaufruf leicht größere "Breitenwirkung" verschaffen.

Bedienen sich somit Inhaber wirtschaftlicher Macht zum Zwecke einer Boykottaufforderung der besonderen Möglichkeiten ihrer Position, liegt regelmäßig auch ein Fall der Ausübung besonders massiven Drucks vor.

Eine gesetzliche Vertypung (kriminal)strafwürdiger Boykottaufforderungen hat von diesem Befund auszugehen.

6. KAPITEL RECHTSPOLITISCHE ÜBERLEGUNGEN

Die Forderung nach einer Änderung von § 26 Abs. 1 GWB ist sowohl im wettbewerbsrechtlichen Schrifttum als auch in der strafrechtlichen Reformliteratur erhoben worden. Mehrere Tatbestandsvorschläge sind deshalb Gegenstand der aktuellen Diskussion. Sie unterscheiden sich namentlich nach dem Schwerpunkt des mit ihnen verfolgten Anliegens.

Zielt so ein Vorschlag Ingo Schmidts¹⁾ auf eine Verbesserung der materiell-wettbewerbsrechtlichen Verbotsnorm unabhängig von der strafrechtlichen Einschätzung einschlägiger Zuwiderhandlungen oder den Problemen straf- bzw. ordnungswidrigkeitenrechtlicher Praktikabilität, stehen im wirtschaftsstrafrechtlichen Schrifttum unter dem Gesichtspunkt eines umfassenden und gleichmäßigen strafrechtlichen Rechtsgüterschutzes die Fragen nach der Einstufung bestimmter Boykottverstöße als Ordnungswidrigkeit oder Straftat und die sich hieraus ergebenden spezifischen strafrechtlichen und rechtsstaatlichen Erwägungen im Vordergrund.

Die strafrechtliche Reformliteratur hat sich in Bezug auf den materiellen Umfang des Verbots des wirtschaftlichen Boykotts erklärtermaßen Zurückhaltung auferlegt.²⁾

1) Ingo Schmidt, US-amerikanische und deutsche Wettbewerbspolitik gegenüber Marktmacht (1973), S. 380.

2) Vgl. Tiedemann, Kartellrechtsverstöße S. 129.

Sie konnte freilich gleichwohl nicht umhin, dem Gebote rechtsstaatlich bestimmter Unrechtsumschreibung folgend bei der tatbestandlichen Typisierung strafwürdiger Boykottdelinquenz den (wettbewerbs)strafrechtlichen Verbotsbereich neu zu definieren. Da zu recht keiner der vorliegenden Vorschläge eine ausnahmslose "Heraufstufung" der Boykottordnungswidrigkeit zu Kriminalunrecht zum Gegenstand hat, ergibt sich insoweit auch die Notwendigkeit einer Abgrenzung gravierender und weniger gravierender Fälle voneinander.

Die Sachverständigenkommission zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität hat hierfür den Weg beschritten, § 26 Abs. 1 GWB unverändert zu belassen und lediglich den einschlägigen Verstoß gegen eine vollziehbare Verfügung oder eine einstweilige Anordnung zum Straftatbestand auszugestalten.¹⁾ Demgegenüber hat der Verfasserkreis des Alternativ-Entwurfs einen Vorschlag für einen eigenständigen Straftatbestand des "Wirtschaftlichen Boykotts" unterbreitet.²⁾ Dessen Verhältnis zu § 38 Abs. 1 Nr. 8 in Verbindung mit § 26 Abs. 1 GWB würde sich nach den allgemeinen Spezialitätsgrundsätzen bestimmen.

Die Überlegungen über einen Boykotttatbestand sind einge-

1) Tagungsberichte der Sachverständigenkommission zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität Bd. 10 (1976), S. 67.

2) Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Besonderer Teil, Straftaten gegen die Wirtschaft (1977), S. 28.

bettet in die allgemeine - im einzelnen höchst kontroverse - rechtspolitische Diskussion der Grundsatzfrage, ob gravierende Kartellrechtsverstöße kriminalisiert werden sollten. Für die Befürworter einer Kriminalisierung stellen folglich die Tatbestandsvorschläge zum Boykott nur einen unter mehreren zur Erfassung gravierender Kartelldelinquenz dar; sie stehen insbesondere neben den einschlägigen Vorschlägen für eine Bewehrung des Kartellverbots mit Kriminalstrafe. Wohl der Grundsätzlichkeit der Diskussion wegen lehnen dementsprechend die Gegner einer Kriminalisierung - deren Haupteinwände um § 1 GWB zentriert sind - eine Kriminalisierung des wirtschaftlichen Boykotts summarisch mit ab.¹⁾ Die zu § 1 GWB entwickelten Überlegungen zu Tatbestandsbestimmtheit und Praktikabilität lassen sich jedoch nicht unbeachtet auf die Boykottproblematik übertragen, geschweige denn, daß sie zwangsläufig zu denselben Ergebnissen führen müßten. Aufgrund dieses Ganges der wissenschaftlichen und rechtspolitischen Auseinandersetzung findet aber so die auch von entschiedenen Gegnern einer Kriminalisierung eingestandene Tatsache, daß es "qualifizierte Kartellrechtsverstöße" gibt, die "durchaus strafwürdig"²⁾ sind, kaum die ihr gebührende Beachtung.

1) In der Verengung des Blickwinkels auf das "Kartellverbot" besonders ausgeprägt Selmer, Verfassungsrechtliche Probleme einer Kriminalisierung des Kartellrechts (1977), insbes. S. 41 ff.

2) Kartte/von Portatius, Kriminalisierung des Kartellrechts? BB 1975, S. 1169, 1172.

Im Gegensatz hierzu haben wir im bisherigen Gang der Darstellung, insbesondere bei der Erörterung der Rechtsguts- und Sozialschädlichkeitsproblematik, versucht, nicht das Ergebnis einer Grundsatzdiskussion zum Ausgangspunkt für eine Deduktion auf den Boykott zu nehmen, sondern das Boykottproblem seinerseits zum Ausgangspunkt auch rechtspolitischer Folgerungen zu machen. Inwieweit die dabei gewonnenen Erkenntnisse - zumal im Hinblick auf den Schutz des Wettbewerbs als Institution auf andere Kartellrechtsverstöße verallgemeinerungsfähig sind, kann dahingestellt bleiben.

Im weiteren Verlauf soll damit die Diskussion der vorhandenen Reformvorschläge auf die materiell-wettbewerbsrechtlichen und straf- bzw. ordnungswidrigkeitenrechtlichen Spezifika beschränkt werden.

Wie sich gezeigt hat, beruhen die Mängel des § 26 Abs. GWB als angewandter Norm zu einem großen Teil nicht auf dessen Konstruktion, sondern auf zu restriktiver Praxis¹⁾. Sofern jedoch Mängel der Tatbestandsfassung die Ursache für Unzulänglichkeiten sind²⁾, sollen auch diese nunmehr anhand der Reformliteratur erörtert und Alternativen angeboten werden. Neben diese Überlegungen über eine Änderung des materiellen Boykottverbots und des akzes-

1) Vgl. Emmerich, Wettbewerbsrecht, S. 142.

2) Vgl. Belke, Die Geschäftsverweigerung im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen (1966), S. 287 f.; Ingo Schmidt, Wettbewerbspolitik S. 235 ff., 238 f.

sonischen Ordnungswidrigkeitstatbestands tritt die Frage nach einem neuen Straftatbestand des wirtschaftlichen Boykotts.

Da die bereits vorliegenden Diskussionsbeiträge ohnehin zu einem großen Teil von identischen Problemen und Lösungsalternativen handeln, werden die verschiedenen Sachprobleme nicht jeweils erneut aufgegriffen, sondern der Kritik der einzelnen Vorschläge schwerpunktmäßig zugeordnet. Da es sich bei dem Tatbestandsvorschlag des Verfasserkreises des Alternativ-Entwurfs um den jüngsten und umfassendsten Beitrag handelt, wird diesem hierbei besondere Beachtung gewidmet.

I. Der Tatbestandsvorschlag Ingo Schmidts

Einen Vorschlag für eine weitgehende Neufassung des § 26 Abs. 1 GWB hat 1973 Ingo Schmidt unterbreitet.¹⁾ Allerdings setzt sich der Autor in seiner umfänglichen Untersuchung nicht gesondert mit den Fragen und Folgerungen auseinander, die sich bei der Anwendung der Vorschrift in deren Eigenschaft als Ordnungswidrigkeitstatbestand ergeben, sondern lenkt sein Augenmerk schwerpunktmäßig auf materiell-wettbewerbsrechtliche Probleme der "Wettbewerbspolitik".

Ordnungswidrigkeits- und strafrechtliche Aspekte bleiben demzufolge weitgehend unberücksichtigt, und die Frage nach einer möglichen Kriminalisierung stellt Schmidt konsequenterweise nicht.

Sein Tatbestandsvorschlag lautet:

"§ 26:

- (1) Unternehmen und Vereinigungen von Unternehmen dürfen nicht ein anderes Unternehmen oder Vereinigungen von Unternehmen zu Liefersperren oder Bezugssperren auffordern, die dazu geeignet sind, andere Unternehmen unbillig zu beeinträchtigen."

1. Nach diesem Entwurf wird der Schutzbereich des Boykottverbots in dreifacher Hinsicht erweitert.

Zum einen verzichtet Schmidt auf das Erfordernis, daß sich eine Boykottaufforderung gegen "bestimmte Wettbe-

1) I. Schmidt, Wettbewerbspolitik S. 380

werber" richten muß, und schlägt statt dessen eine Erweiterung des Schutzbereichs der Vorschrift auf "andere Unternehmen" vor. Dadurch werde "ganz allgemein jede Veranlassung zur Liefer- oder Bezugssperre verboten".¹⁾

Weiter will Schmidt auf das subjektive Tatbestandsmerkmal "Absicht" verzichten. Zur Begründung weist er auf die erheblichen Beweisschwierigkeiten hin, die sich hinsichtlich der subjektiven Zielrichtung einer Behinderung ergäben. Deshalb solle die objektive Wirkung der Beeinträchtigung eines auf Veranlassung des Verrufers gesperrten Unternehmens ausreichen. Wohl als Korrektiv für diese weite Tatbestandsfassung räumt der Verfasser die Möglichkeit ein, daß eine sachliche Rechtfertigung der Boykottaufforderung für Ausnahmefälle vorgesehen werden könnte. Schmidt erwähnt Fälle, "in denen zum Beispiel Gründe in der Person des Gesperrten (z.B. Scheckproteste, Offenbarungseid, mangelnde fachliche Qualifikation etc.)" vorlägen.²⁾

Schließlich hatte auch Schmidt, wie durch die Kartellrechtsnovelle von 1973 verwirklicht, vorgeschlagen, den erfolglosen Versuch durch das Merkmal der "Aufforderung" zur Liefer- oder Bezugssperre zu erfassen.³⁾

Ein besonderer Vorteil einer Verschärfung des Boykottat-

1) I. Schmidt, Wettbewerbspolitik S. 379, 273.

2) I. Schmidt, Wettbewerbspolitik S. 379, 273.

3) I. Schmidt, Wettbewerbspolitik S. 379.

bestandes des § 26 Abs. 1 GWB liegt nach Schmidt ferner darin, daß diese zugleich ein geeignetes Mittel darstellen soll, die Schwierigkeiten zu verringern, die regelmäßig bei der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung der "einfachen" Liefersperre auftreten. Die in der Literatur zur Rechtfertigung für individuelle Liefersperren angeführten Aspekte der Abwehr und der legitimen Marktpflege würden erheblich an Bedeutung verlieren und die Anwendung des (ebenfalls zu ändernden) § 25 Abs. 2 GWB erleichtert.¹⁾ Zur weiteren Begründung hierfür führt der Autor aus, daß "in aller Regel ... derartige Liefersperren nur auf Betreiben traditioneller Handelsformen verhängt (werden), die insofern der eigentlich "Schuldige" (seien), während der Sperrende nur auf Vorhaltungen und mehr oder minder starken Druck seiner traditionellen Abnehmer" handele.²⁾ Deshalb sei es rechtspolitisch geboten, (bereits) den Veranlasser derartiger Liefersperren durch eine Verschärfung des § 26 Abs. 1 GWB "von seinem gemeinschädlichen Tun abzuhalten".³⁾

2. Der Verzicht Schmidts auf das Erfordernis, daß sich eine Boykottaufforderung gegen "bestimmte Wettbewerber" richten muß, trägt den Schwierigkeiten Rechnung, denen

1) I. Schmidt, Wettbewerbspolitik S. 379.

2) I. Schmidt, Wettbewerbspolitik S. 379; vgl. auch OECD-Report Refusal to sell (1969), S. 22, Nr. 28.

3) I. Schmidt, Wettbewerbspolitik S. 379.

sich die Kartellrechtspraxis bei der Anwendung des § 26 Abs. 1 GWB bislang gegenübergesehen hat.

Insbesondere das von der Norm vorausgesetzte Vorliegen eines Wettbewerbsverhältnisses zwischen Verrufer und Verrufenem hat sich nämlich in der Praxis als spürbare Regelungslücke erwiesen. So mußte das Bundeskartellamt in seinem Tätigkeitsbericht 1977 feststellen, daß es in zunehmendem Umfang mit Boykottaufrufen befaßt gewesen sei. Das Amt verwies auf zahlreiche "in verschiedenen Informationsdiensten, Wirtschaftsnachrichtenblättern und Verbandsrundschriften veröffentlichte Aufforderungen an einzelne Unternehmen oder Unternehmensgruppen, bestimmte Abnehmer nicht mehr zu beliefern oder von bestimmten Herstellern nicht mehr zu beziehen"¹⁾.

Bei der Verfolgung dieser Behinderungsfälle habe sich gezeigt, daß sie mit § 26 Abs. 1 oder anderen Bestimmungen des GWB nur sehr unvollkommen oder gar nicht zu erfassen seien. Regelmäßig fehle es an einem Wettbewerbsverhältnis zwischen den Presseorganen bzw. Verbänden und dem Verrufenen. Angesichts dieser Situation sei der Gesetzgeber wegen der unter wettbewerbspolitischen Gesichtspunkten notwendigen Verfolgung auch derartiger Sachverhalte zur Ausfüllung der Gesetzeslücke aufgerufen.

Da die vom Bundeskartellamt unter dem Terminus "Mittelbarer Boykott" zusammengefaßten Fälle im Vergleich zum "normalen" Boykottaufruf keinen eigenständigen und von der Boykottaufforderung i.S.d. § 26 Abs. 1 verschiedenen

1) Tätigkeitsbericht 1977, S. 41 f.

Handlungsunwert aufweisen und auch dieselben Rechtsgüter verletzen, bedarf es allerdings hierfür nicht der Schaffung einer neuen Spezialvorschrift. Vielmehr empfiehlt sich mit Schmidt eine entsprechende Erweiterung des Anwendungsbereichs des § 26 Abs. 1 GWB.

Der Verzicht auf das Erfordernis eines Wettbewerbsverhältnisses zwischen Verrufer und Verrufenem würde auch diejenigen Fälle in den Regelungsbereich des Boykottatbestandes miteinbeziehen, in denen Boykottaufforderungen nicht nur "mittelbar" über Publikationsorgane oder ähnlich ergehen, sondern auch die Fälle "unmittelbarer" Boykottaufforderung, in denen Verrufer und Verrufener oder Angehörige verschiedener Handelsstufen - also regelmäßig keine "Wettbewerber" - sind.¹⁾ Auch hier ergäbe sich, ebenso wie in der bereits von Schmidt erwähnten Konstellation²⁾, eine Entlastung des § 25 Abs. 2 GWB: Geht ein Hersteller gegen einen Händler, der nicht "Preisdisziplin wahrt", nicht nur mit dem Mittel der "einfachen" Liefer Sperre vor (deren Beseitigung die zum Teil sehr komplizierten Probleme des § 26 Abs. 2 GWB aufwirft), sondern veranlaßt er überdies auch andere (Groß-)Händler, dem Gesperrten keinen Ersatz zu liefern, ist dieses Verhalten durch das geltende Wettbewerbsrecht nur erfaßt, wenn sich der Hersteller dabei der (häufig schwer nachweisbaren) Mittel des § 25 Abs. 2 GWB bedient.

1) Vgl. Benisch, in: Gemeinschaftskommentar § 26 Abs. 1 Anm. 6.

2) Schmidt, Wettbewerbspolitik S. 379.

Der Vorschlag Schmidts ist deshalb im Grundsatz Zustimmungswürdig. Bedenken erheben sich jedoch dagegen, wie aber von Schmidt vorgeschlagen, den Kreis der vom Schutzbereich der Norm erfaßten Unternehmen lediglich danach zu bestimmen, ob Verrufserklärungen geeignet sind, "andere" Unternehmen unbillig zu beeinträchtigen. Hierdurch würde ohne Not und ohne praktischen Nutzen auf eine hinreichende Bestimmbarkeit des verrufenen Personenkreises verzichtet, wie dies aber von der Rechtsprechung zu §§ 283, 826 BGB und § 1 UWG seit langem gefordert wird. Danach müssen die zu Sperrenden individualisiert oder hinreichend individualisierbar sein.¹⁾ Insbesondere die Verwendung von Gruppenbezeichnungen ohne feste Abgrenzungskriterien (die "Kaufhäuser", die "Supermärkte") oder die Bezeichnung lediglich von bestimmten Produkten ("Robbenfelle", "Zigaretten") galt bislang als zu unbestimmt.²⁾

Nach dem Vorschlag von Schmidt würden dagegen die in die beiden letzten Fallgruppen einschlägigen Boykottaufrorderungen vom objektiven Tatbestand miterfaßt, und es wäre im übrigen auch ein entsprechender (zumindest: bedingter) Vorsatz in Bezug auf die konkret beeinträchtigten Unternehmen regelmäßig zu bejahen.

Neben dem Wunsch, in den einzelnen Teilrechtsgebieten zumindest ein gewisses Maß an Gemeinsamkeit darin, wie diese das Institut des Boykotts regeln, zu wahren, spricht

1) Benisch, in: Gemeinschaftskommentar § 26 Abs. 1 Anm. 5 m. weit. Nachw.

2) Vgl. Benisch, in: Gemeinschaftskommentar § 26 Abs. 1 Anm. 5.

aus ordnungswidrigkeits- oder strafrechtlicher Sicht vor allem der Gesichtspunkt des Ausmaßes des Handlungsunrechts gegen dieses Ergebnis: Zwar muß z.B. auch ein Pelzhändler erhebliche Einbußen hinnehmen, wenn der Umsatz an Rauchwaren allgemein zurückgeht, oder ein Warenhauskonzern, wenn sich die Konsumenten wieder dem Fach-einzelhandel zuwenden. Es fehlt hier jedoch die mittels der Boykottaufforderung bezweckte gezielte Beeinträchtigung des konkreten Marktteilnehmers sowie (zumindest weitgehend) die Störung der Funktionsfähigkeit des Wettbewerbsprozesses. Bei der Verwendung von Gruppenbezeichnungen, wie "die Warenhäuser", werden zwar auch die Marktzugangschancen der Verrufenen (zum Endverbraucher) unmittelbar beeinträchtigt. Wegen der Vielzahl der Betroffenen mindert sich aber zwangsläufig das Ausmaß ihrer Beeinträchtigung. Außerdem wird der Wettbewerb zumindest innerhalb der betroffenen Großgruppe der Warenhäuser nicht beeinträchtigt.

Im Falle der produktbezogenen Boykottaufforderung wird schließlich auf die Marktzugangschancen der davon Betroffenen überhaupt nicht unmittelbar eingewirkt, sondern nur der in Frage stehende Teilmarkt (z.B. der Tabaksektor) verkleinert.

Eine gesetzgeberische Lösung, die diesen Umständen Rechnung tragen soll, müßte deshalb den durch das Boykottverbot geschützten Personenkreis als "bestimmte Unternehmen" umschreiben.

3. Dem Vorschlag Schmidts, auf das Merkmal der "Absicht" der unbilligen Beeinträchtigung zu verzichten, kann eben-

falls zugestimmt werden. Dafür sprechen zum einen aus der Sicht der Anwendungspraxis die von Schmidt angeführten Beweisschwierigkeiten hinsichtlich der subjektiven Zielrichtung einer Behinderung sowie außerdem die Probleme, die sich bei der Auslegung dieses Tatbestandsmerkmals gestellt haben.¹⁾

Zum anderen überzeugt das Absichtserfordernis auch in dogmatischer Hinsicht nicht. Die Boykottaufforderung erhält ihren spezifischen Handlungsunwert nicht erst dadurch, daß sie mit einer besonderen (zusätzlichen) Absicht zur Beeinträchtigung des Verrufenen vorgenommen wird. Vielmehr wohnt ihr ein finales, auf Beeinträchtigung eines Dritten gerichtetes Moment immer schon inne.

Es handelt sich beim Boykott seinem Wesen nach auch nicht um ein Delikt mit "überschießender Innentendenz"²⁾, wie z.B. §§ 263, 288 oder 333 StGB, sondern um ein Delikt, dessen Unrechtsgehalt auf einem objektiven Handlungsunwert beruht – gleich, ob man es als abstraktes oder konkretes Gefährdungsdelikt oder (schlichtes) Tätigkeitsdelikt ansieht.

Dem entspricht es, daß ein Boykotttatbestand kein gesondertes subjektives Tatbestandsmerkmal aufzuweisen braucht

1) Vgl. nur zu der Frage, ob hinsichtlich des Tatbestandsmerkmals "unbillig" nur die Kenntnis aller Umstände erforderlich (so Langen-Niederleithinger-Schmidt, § 26 Anm. 17) oder deren zutreffende Bewertung erforderlich ist (so Müller/Giessler § 26 Anm. 17). Vgl. ferner S. 179

2) Vgl. dazu Jescheck AT S. 213, 256.

Das allgemeine Vorsatzerfordernis reicht hier aus.

Dieser Lösung steht auch nicht entgegen, daß in Sonderfällen eine Boykottaufforderung rechtmäßig und nicht strafwürdig sein kann. Die einschlägigen Konstellationen wie Notwehr, rechtfertigender Notstand etc. sind richtigerweise auf der Ebene der Rechtswidrigkeit auszuscheiden und stellen kein spezifisches Vorsatz- bzw. Absichtsinproblem dar.

II. Der Tatbestandsvorschlag der Sachverständigenkommission zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität

Als Ergebnis ihrer 10. Arbeitstagung in der Zeit vom 6.-10.10.1975 und 17.-18.11.1975 in Bonn hat die Sachverständigenkommission zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität u.a. einen Vorschlag zur Bedrohung von Zuwiderhandlungen gegen die §§ 26 Abs. 1, 25 Abs. 2 und 26 Abs. 2 mit Kriminalstrafe unterbreitet.¹⁾

Der von ihr zur Diskussion gestellte Entwurf eines Tatbestandes § b hat folgenden Wortlaut:

"Strafbarer Wettbewerbsverstoß nach kartellbehördlichem Einschreiten

(1) Wer als Inhaber eines Unternehmens

1. einer vollziehbaren Verfügung der Kartellbehörde, die auf §§ 18, 22 Abs. 5, § 25 Abs. 2, § 26 Abs. 1, 2, § 102 Abs. 2, 3, § 102 a Abs. 2 oder § 103 gestützt ist, oder
2. einer einstweiligen Anordnung nach § 56 Nr. 3 oder § 63 Abs. 3

zuwiderhandelt und diese Zuwiderhandlung beharrlich wiederholt oder durch sie zumindest fahrlässig eine schwerwiegende Folge im Sinne des § a Abs. 1, 2 verursacht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Absatz 1 ist auch anzuwenden, wenn die Verfügung oder Anordnung gegen ein anderes Unternehmen gerichtet war, an dessen Stelle das Unternehmen wirtschaftlich getreten ist.

(3) Die Tat ist nicht strafbar, wenn die Verfügung oder einstweilige Anordnung oder deren Vollziehbarkeit nach der Zuwiderhandlung aufgehoben wird."

1) Tagungsberichte Bd. 10, S. 54 f.

1. Die Kommission knüpfte dabei an die Tatbestände der §§ 25 Abs. 2, 26. Abs. 1 und 2 GWB in ihrer geltenden Fassung an und verzichtete auf die Schaffung von strafrechtlichen Einzeltatbeständen. Sie begründete diese Entscheidung damit, daß solche Tatbestände "angesichts der komplexen Regelung" der betroffenen wettbewerbsrechtlichen Vorschriften "wohl kaum selbständig alle die Abgrenzungen und besonderen Abstimmungen leisten" könnten, welche bislang im Kartellrecht zu diesem Problemkreis entwickelt worden seien. Ihr Verzicht habe weiterhin den praktischen Vorteil, daß die Aufgabe der Abgrenzung zwischen zulässigem und unzulässigem Verhalten "in der Hand einer einzigen und darin erfahrenen Behörde, nämlich der Kartellbehörde", bliebe. ¹⁾

Weiterhin sollen nach dem Tatbestandsvorschlag der Kommission Verstöße gegen die Ordnungswidrigkeitstatbestände der §§ 26 Abs. 1, 25 Abs. 2 und 26 Abs. 2 GWB in Verbindung mit § 38 Abs. 1 Nr. 8 GWB nur dann zugleich mit Kriminalstrafe bedroht sein, wenn z.B. der Boykott nach einer Untersagungsverfügung der Kartellbehörde fortgesetzt wird. Das maßgebliche Motiv für diese erhebliche Einschränkung des Anwendungsbereichs der Norm lag nicht darin, daß die Kommission die Strafwürdigkeit des Boykotts verneint hätte. Die Kommission fürchtete vielmehr, daß im Falle einer unmittelbaren Inkriminierung das Bundeskartellamt mit einer "Flut von Strafanzeigen über-

1) Tagungsberichte Bd. 10, S. 54 f.

schüttet werden könnte"¹⁾, die Verstöße gegen das Boykott- und Diskriminierungsverbot betreffen.

2. Der Tatbestandsvorschlag der Sachverständigenkommission zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität verdient insoweit Zustimmung, als die Kommission entsprechend der besonderen Sozialschädlichkeit von Boykottaufrufen das wettbewerbsrechtliche Boykottverbot mit Kriminalstrafe bewehrt wissen will.

Gleichwohl erscheint der "Entwurf eines Tatbestandes § b" in mehrerer Hinsicht unzulänglich:

Die Strafnorm verweist auf § 26 Abs. 1 GWB in seiner unveränderten gegenwärtigen Fassung. Die aufgezeigten Lücken, die ihm das Urteil der Ineffektivität eingebracht haben, bestünden somit fort. Für eine solche Zurückhaltung des Gesetzgebers ließe sich zwar anführen, daß vor einer Reform des materiell-wettbewerbsrechtlichen Boykottverbots auch ein einschlägiger Straftatbestand nicht ausweitend wirken sollte²⁾, wie auch hier ein gewisses gemeinsames Mindestmaß bei der Ausgestaltung eines Boykottverbots durch die einzelnen Kodifikationen gefordert wird. Diese Argumentation überzeugt aber letztlich nicht. Da der vorgeschlagene Straftatbestand ohnehin nur das wettbewerbsrechtliche Boykottverbot mit Strafe bewehren soll, liegt es vielmehr umgekehrt im Sinne ei-

1) Vgl. Tiedemann, Kartellrechtsverstöße S. 129.

2) So Tiedemann, Kartellrechtsverstöße S. 129.

nes effizienten Wettbewerbsrechts, im Rahmen einer Kriminalisierung zugleich das materielle Kartellrecht fortzuentwickeln. Auch das Problem einer "Normspaltung" ¹⁾ würde sich im übrigen dann nicht stellen.

Noch gravierender mutet an, daß die Sachverständigenkommission die Strafbarkeit nach § b an einen Verstoß gegen eine Untersagungsverfügung nach § 37 a Abs. 2 GWB binden will. Die Bedenken der Kommission, daß im Falle einer unmittelbaren Inkriminierung das Bundeskartellamt mit einer "Flut von Strafanzeigen überschüttet werden könnte" ²⁾, sind zwar einsichtig, machen zugleich aber die praktische Bedeutung der Boykottdelinquenz deutlich. Schon Tiedemann hat deshalb eingewandt, daß vom System der Strafrechtsordnung "diese reine Praktikabilitätsentscheidung schwer verständlich" sei. ³⁾ Der Umstand, daß das Verhaltensunrecht der Boykottaufforderung unabhängig von einem (weiteren) Verstoß gegen eine Untersagungsverfügung gegeben ist, kann diese systematischen Bedenken nur stützen. Es muß auch zugestimmt werden, wenn Tiedemann aus praktischer Sicht ferner darauf hinweist, daß der Kommissionsvorschlag außer acht lasse, "daß es gravierende und strafbedürftige Fälle von Boykott (und Diskriminierung) gibt, die nach Untersagung nicht fortgesetzt werden, bei denen also die Verfügung - strafrechtlich gesehen - 'zu spät kommt' ". ⁴⁾

1) Dazu Tiedemann, Straftatbestand und Normambivalenz, in: Schaffstein-Festschrift (Göttingen 1975) S. 195 ff.

2) Ebenso Ulmer, in: Tagungsberichte Bd. 10, Anl. 2, S.23.

3) Kartellrechtsverstöße S. 129.

4) Kartellrechtsverstöße S. 129 f.

Eine Strafbewehrung des Boykottverbots nach dem Vorschlag der Sachverständigenkommission verspräche somit wenig praktischen Nutzen und hätte kaum mehr als deklaratorische Bedeutung.

III. Der Tatbestandsvorschlag des Verfasserkreises des Alternativ-Entwurfs

Der Verfasserkreis des Alternativ-Entwurfs eines Strafgesetzbuches hat vorgeschlagen, den "Wirtschaftlichen Boykott" durch einen eigenständigen Tatbestand mit Kriminalstrafe zu bedrohen und in das Strafgesetzbuch einzustellen. ¹⁾ Sein Tatbestandsentwurf geht im wesentlichen auf einen Vorschlag Tiedemanns ²⁾ zurück:

"§ 172 Wirtschaftlicher Boykott

- (1) Wer als Inhaber eines Unternehmens unter mißbräuchlicher Ausnutzung der wirtschaftlichen Stellung des Unternehmens einen anderen mittels Aufforderung veranlaßt, gegenüber bestimmten Wettbewerbern des Unternehmens Liefer- oder Bezugssperren vorzunehmen, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.
- (2) Eine mißbräuchliche Ausnutzung der wirtschaftlichen Stellung liegt insbesondere vor, wenn zum Zwecke des Boykotts Liefer- oder Bezugssperren für Waren oder gewerbliche Leistungen, insbesondere Kreditsperren oder Beförderungssperren, der Ausschluß aus einer Wirtschafts- oder Berufsvereinigung, die Nichtaufnahme in eine solche Vereinigung oder die Ablehnung von Inseraten angedroht werden."

Der Wortlaut des § 172 AE unterscheidet sich nur insoweit vom Wortlaut der von Tiedemann der Sachverständigenkom-

1) Alternativ-Entwurf S. 28

2) Tagungsberichte Bd. 10, Anl. 1, S. 225; vgl. auch Tiedemann, Kartellrechtsverstöße S. 211.

mission zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität unterbreiteten Tatbestandsalternative, als § 172 Abs. 2 AE von der "mißbräuchlichen Ausnutzung der wirtschaftlichen Stellung" handelt, während der von Tiedemann vorgeschlagene § a 1 Abs. 2 mit der Formulierung "Mißbrauch" auf Abs. 1 verweist, der bei § 172 AE und § a 1 identisch ist. Die weiteren Ausführungen werden deshalb beide Vorschläge zusammengefaßt behandeln.

1. Ebenso wie bei dem Tatbestandsvorschlag der Sachverständigenkommission zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität handelt es sich bei dem Tatbestandsentwurf Tiedemanns bzw. der nahezu inhaltsgleichen Fassung des § 172 Alternativ-Entwurf (AE) um den Vorschlag zur Schaffung eines Straftatbestandes. Eine Änderung des § 26 Abs. 1 GWB schlagen die Verfasser dagegen nicht vor.

Im Gegensatz zur Sachverständigenkommission haben sich Tiedemann und der Verfasserkreis jedoch nicht damit begnügt, mit dem Mittel der Verweisungstechnik an den bestehenden § 26 Abs. 1 GWB anzuknüpfen. Neben der Androhung von Kriminalstrafe enthält ihr Entwurf vielmehr auch eine geänderte tatbestandliche Fassung des Boykottverbots. Gründe für diese Entscheidung Tiedemanns und der Verfasser des Alternativ-Entwurfs waren die durch die Praxis erwiesene Ineffektivität des bisherigen § 26 Abs. 1 in Verbindung mit § 38 Abs. 1 Nr. 8 GWB und die (strengeren) Anforderungen, die Art. 103 Abs. 2 GG bei der Um-

schreibung von Kriminalunrecht an den Gesetzgeber stellt.¹⁾

Neben diesen beiden letzteren Erwägungen ließen sich Tiedemann und die Verfasser des AE aber auch von einer Auffassung vom Boykott leiten, nach der nicht schon der allgemeine Handlungsunwert der Boykottaufforderung bzw. -veranlassung, sondern erst deren Vornahme durch den Inhaber einer wirtschaftlichen Machtstellung ihre Strafwürdigkeit begründet.

Bei der Beurteilung der Strafwürdigkeit sei davon auszugehen, "daß die erfolgreiche Veranlassung zum Boykott geradezu als typischer Fall des Mißbrauchs wirtschaftlicher Macht"²⁾ erscheine. Der mißbräuchliche Einsatz derartiger wirtschaftlicher Macht zu Zwecken der individuellen Schädigung und die Ersetzung der eigenen Leistung durch Macht als Mittel zur Erlangung eigener Vorteile sei sozialschädlich und sozialetisch verwerflich.³⁾ Durch das Merkmal der "mißbräuchlichen Ausnutzung der wirtschaftlichen Stellung" umschreibt § 172 Abs. 1 AE somit nicht nur den Modus der Veranlassung zur Geschäftsverweigerung, sondern grenzt die Norm damit zugleich auch dem Täterkreis ein.

1) Alternativ-Entwurf S. 19, 29; Tiedemann, Kartellrechtsverstöße S. 128. Vgl. auch BVerfGE 14, 245, 251 und 26, 41, 43.

2) Alternativ-Entwurf S. 29; Tiedemann, Kartellrechtsverstöße S. 126 ff., 194 f. Ebenso Lampe, in: Tagungsberichte Bd. 8, Anl. 4, S. 49 ff.

3) Alternativ-Entwurf S. 29.

2. Ist nun auch die Sozialschädlichkeit einer Boykott-aufforderung bzw. -veranlassung durch Inhaber wirtschaftlicher Machtstellungen zweifellos in besonderem Maße einsichtig, fragt sich gleichwohl, ob eine solcherart begründete Begrenzung des Adressatenkreises ebenso strafwürdige Fälle des Boykotts nicht unberücksichtigt läßt. Die Verfasser haben dieses Problem ebenfalls gesehen und relativieren das Erfordernis des Vorliegens einer wirtschaftlichen Machtstellung deshalb dadurch, daß die in Frage stehende wirtschaftliche Macht "nicht selten regional begrenzt sein wird" ¹⁾, wie z. B. in Fällen der sog. Nachfragemacht.

Noch weitergehend stellt sich hier aber das grundsätzliche Problem, ob die Innehabung einer Machtstellung für den Unwert einer Boykottaufforderung bzw. -veranlassung überhaupt konstitutiv ist.

Unter den Gesichtspunkten der Erfolgsaussicht einer Boykottaufforderung und des Ausmasses der Beeinträchtigung des Verrufenen ist fraglos die Prämisse berechtigt, daß im Regelfall die gravierenden Boykotts von Inhabern wirtschaftlicher Macht ausgehen werden. Ebenso ist es aber einsichtig, daß der wirtschaftliche Rückhalt, der deren Boykottaufforderungen so gefährlich erscheinen läßt, im Einzelfall von weniger mächtigen Verrufern dadurch ersetzt werden kann, daß diese die Schwäche ihrer eigenen Stellung durch verstärkte Intensität ihrer Behinderungsbemühungen wettmachen. Gerade wenn aber Boykottauffor-

1) Alternativ-Entwurf S. 29; Tiedemann, Kartellrechtsverstöße S. 126.

derungen von Pressionen, Verleumdungen, übler Nachrede etc. begleitet und schlagkräftig gemacht werden, ist das damit verwirklichte Verhaltensunrecht offenkundig.

Diese letztere Erwägung erlaubt den Schluß, daß trotz des Charakters der Boykottaufforderung bzw. -veranlassung als eines Sonderdelikts der Unternehmen (Unternehmer) die von den Verfassern des AE und Tiedemann empfohlene Eingrenzung des Täterkreises wohl zu eng ist.

Ein Vergleich mit dem Diskriminierungsverbot des § 26 Abs. 2 GWB stützt diese Annahme. Die "normale" Liefer- oder Bezugsverweigerung ist nur Ausdruck des Prinzips der Kontrahierungs- und Vertragsfreiheit. Das Verdikt des Wettbewerbswidrigen und Ordnungswidrigen erhalten diese Verhaltensweisen erst dann, wenn sie von "marktherrschenden Unternehmen" an den Tag gelegt werden. Nur dann droht die vom Gesetz als wettbewerbswidrig erachtete "unbillige Behinderung", da in diesen Fällen die Chancen auf adäquaten Ersatz regelmäßig beschränkt oder gar ausgeschlossen sind. Aus der besonderen Marktposition folgt hier (ausnahmsweise) eine besondere Pflichtenstellung.

Dagegen haftet der Boykottaufforderung bzw. -veranlassung von vornherein der Charakter des "Anomalen" an. Bei ihr handelt es sich um kein Verhalten, das seinem Wesen nach Ausdruck der Privatautonomie wäre, sondern um eine dem Leistungswettbewerb fremde, rein negative Behinderungsmaßnahme, die in die Interessensphäre Dritter eingreift.

Nun erfaßt zwar auch § 26 Abs. 2 GWB Fälle des Behinderungswettbewerbs, wie insbesondere die Kampfpreisunterbietung. Gerade die letztere kann sich in ihren Auswirkungen als ebenso schädlich erweisen wie eine Boykottmaßnahme. Auch wird man ihr jedenfalls dann, wenn sie mit dem Ziel der Vernichtung eines Mitbewerbers betrieben wird, ein hohes Maß an Verhaltensunwert nicht absprechen können. Im Gegensatz zur Boykottaufforderung bzw. -veranlassung fällt aber hier die Abgrenzung zu wettbewerbsgemäßem Verhalten wesentlich schwerer, handelt es sich doch bei der Preisunterbietung um ein "an sich legales und erwünschtes Mittel des Leistungswettbewerbs".¹⁾ Der Nachweis der entsprechenden wettbewerbswidrigen Absicht muß deshalb immer Schwierigkeiten bereiten.

Diese Schwierigkeiten können hier wenigstens zum Teil durch die Beschränkung des Adressatenkreises des einschlägigen Verbots auf marktbeherrschende Unternehmen vermieden werden. Außerdem ist die Kampfpreisunterbietung durch ein marktschwaches Unternehmen - anders als im Falle des Boykotts - aus leicht verständlichen Gründen schon im Ansatz zum Scheitern verurteilt, da ihr mit "flankierenden" Maßnahmen kein zusätzlicher Nachdruck verliehen werden kann.

Der Adressatenkreis eines Boykottatbestandes sollte deshalb alle "Unternehmen" einschließen. Auf diese Eigenschaft des Täters als Unternehmen (Unternehmer) sollte freilich nicht verzichtet werden, da sie für das wettbe-

1) Alternativ-Entwurf S. 31.

werbliche Unrecht des inkriminierten Verhaltens konstitutiv ist. Folglich stellt die tatbestandliche Ausgestaltung als Sonderdelikt die adäquate Reaktion des Gesetzgebers dar. Wirken andere Dritte mittels des Boykotts in - im Einzelfall - mißbilligenswerter Weise in den Marktprozeß ein, kann dem mit Hilfe zivilrechtlicher Maßnahmen begegnet werden. Strafwürdiges Verhalten liegt darin aber nicht.

3. Erscheint somit unter dem Gesichtspunkt der Erfassung des einschlägigen strafwürdigen Verhaltens im Falle von Boykottaufrufen bzw. -veranstaltungen eine Beschränkung auf die Fälle des Mißbrauchs einer wirtschaftlichen (Macht-)Stellung grundsätzlich nicht geboten, verspricht in anderer Hinsicht die damit verbundene Einengung des Tatbestandes auch Vorteile: Das Merkmal der "mißbräuchlichen Ausnutzung der wirtschaftlichen Stellung" soll den Verzicht auf das Tatbestandsmerkmal der "Unbilligkeit" der Beeinträchtigung des Gesperrten erlauben. Wie Tiedemann unter Hinweis auf Art. 103 Abs. 2 GG gezeigt hat, hätte dies den Vorzug, daß ein im Vergleich zum Unbilligkeitserfordernis "relativ bestimmteres Korrektiv" in den Tatbestand eingefügt wäre. Ein großes Maß an Tatbestandsbestimmtheit könnte insbesondere dann erzielt werden, wenn der Gesetzgeber, wie von den Verfassern des AE vorgeschlagen, das Merkmal der "mißbräuchlichen Ausnutzung" mit Hilfe der Regel-Beispiel-Technik konkreti-

sierte.

Diese Argumentation würde allerdings dann nicht recht überzeugen, wenn auch ein mit Kriminalstrafe bewehrtes Boykottverbot ohne jegliches vertatbestandliches Korrektiv den Anforderungen des verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebots aus Art. 103 Abs. 2 GG genügen würde.

Gegen die letztere Prämisse ergeben sich freilich bedeutende Einwände:

Zum einen folgt aus der Bedeutung des Art. 5 GG für die gesamte Rechtsordnung, daß die verfassungsrechtliche Gewährleistung bestimmter politisch motivierter Boykottaufrufen nicht erst auf der Ebene der Rechtswidrigkeit eines Straftatbestandes Geltung beanspruchen kann. Vielmehr muß bereits die tatbestandliche Unrechtsvertypung den durch Art. 5 Grundgesetz statuierten Schutz der Freiheit der Meinungsäußerung berücksichtigen. Auch ein Hinweis auf § 193 StGB räumt im übrigen dieses Bedenken nicht aus, da es sich bei dieser Vorschrift zwar um einen Rechtfertigungsgrund handelt, dieser aber nur für grundsätzlich strafwürdige Äußerungen im Sinne der §§ 185, 186 StGB anwendbar ist, die nur wegen der besonderen Bedeutung des Art. 5 GG privilegiert werden.¹⁾

Zum anderen müssen auch die Fälle berücksichtigt werden, in denen Dritte zu einem nach dem GWB zulässigen Zweck auf den Abbruch oder die Nichtaufnahme bestimmter Ge-

1) Vgl. hierzu BVerfGE 42, 143, 152 = JZ 1976, 589, 591.

schäftsbeziehungen hinwirken. Hierbei ist insbesondere an die Vereinbarung einer Ausschließlichkeitsbindung nach § 18 GWB zu denken. So kann eine im Zusammenhang mit der Neugestaltung eines Vertriebssystems ergangene Aufforderung an einen Abnehmer, bestimmte Produkte nicht mehr weiterzuvertreiben, äußerlich die Merkmale einer Boykott-aufforderung aufweisen. Gleichwohl handelt es sich hier nicht um tatbestandliches Unrecht, das nur ausnahmsweise gerechtfertigt ist.

Nach all dem ist ein tatbestandliches Korrektiv für jeden Boykotttatbestand unabdingbar.

4. Somit fragt sich nun, ob den Verfassern des AE insoweit gefolgt werden sollte, als diese für eine Strafnorm den Verzicht auf das Unbilligkeitskriterium empfehlen, oder ob nicht doch auch ein Straftatbestand mit dessen Hilfe hinreichend bestimmt ausgestaltet wäre.

Vordergründig spricht für letzteres, daß die kartellamtliche Praxis und die Judikatur in einer Vielzahl von Entscheidungen Unbilligkeitskriterien herausgearbeitet und Fallgruppen gebildet haben. Dieser Umstand ist fraglos geeignet, den Vorwurf einer im Hinblick auf Art. 103 Abs. 2 GG bedenklichen Weite abzuschwächen.

Andererseits sprechen jedoch gerade der Hinweis auf Art. 103 Abs. 2 GG sowie die Frage nach dem verwirklichten Maß an Sozialschädlichkeit gegen eine bloße Übernahme des Unbilligkeitsmerkmals in eine Strafnorm. Der Maßstab des Unbilligen ist zwar durch die Praxis konkretisiert worden und genügt deshalb (inzwischen) den Anfor-

derungen, die Art. 103 Abs. 2 GG an Ordnungswidrigkeits-unrecht stellt.

Da an die Tatbestandsbestimmtheit von Kriminalunrecht aber höhere Anforderungen gestellt werden müssen ¹⁾, stellt sich bei einer Kriminalisierung des Verbots der Boykottaufforderung die Frage nach der Vereinbarkeit des Unbilligkeitsmerkmals mit Art. 103 Abs. 2 GG erneut. Zwar könnte auch insoweit die Behauptung der Verfassungsmäßigkeit zunächst darauf gestützt werden, daß das fragliche, aus dem materiellen Kartell- und dem Kartellordnungswidrigkeitenrecht unverändert übernommene Merkmal durch die bisherige Praxis eine Konkretisierung und damit hinreichende Bestimmtheit erfahren hat. Dies würde aber voraussetzen, daß ein Straftatbestand die Grenze zwischen strafwürdigen und nicht(kriminal)strafwürdigen Boykottaufforderungen bzw. -veranlassungen genauso zieht, wie das geltende Kartell- und Kartellordnungswidrigkeitenrecht.

Diese Grenzen sind jedoch nicht identisch. Das folgt vornehmlich daraus, daß die bisherige Rechtsprechung zur Frage der "Unbilligkeit" wegen der Dominanz der einschlägigen zivilrechtlichen Verfahren in starkem Maße von der zivilistischen Betrachtung einer Interessenabwägung inter partes geleitet wurde. ²⁾ Boykottaufforderungen, die nach

1) Zur Gradation des Bestimmtheitsgrundsatzes vgl. zusammenfassend Tiedemann, Tatbestandsfunktionen S. 187 ff. 204 ff.

2) Vgl. nur die Rechtsprechungsnachweise bei Benisch, in: Gemeinschaftskommentar § 26 Abs. 1 Anm. 20 ff.: Die zivilrechtlichen Entscheidungen überwiegen bei weitem! Vgl. auch die Kritik Belkes, Geschäftsverweigerung S. 336 f., an dieser Betrachtungsweise, welche die ordnungspolitische Dimension des GWB zu wenig beachtet (zur "einfachen" Sperre).

materiell-kartellrechtlichem und auch ordnungswidrigkeitsrechtlichem Maßstab den Verrufenen unbillig beeinträchtigen, erfüllen nicht notwendig auch das für die Verhängung von Kriminalstrafe zu fordernde Maß an Sozial-schädlichkeit. Diese Erwägung drängt sich im übrigen bereits wegen der vorherrschenden quantitativen Abgrenzung von Straftat und Ordnungswidrigkeit geradezu auf.

Somit muß festgestellt werden, daß das Merkmal der Unbilligkeit der Beeinträchtigung des Verrufenen jedenfalls allein für die tatbestandliche Vertypung von (kriminal) - strafwürdigen Boykottaufforderungen bzw. -veranstaltungen zu weit und unbestimmt ist.

Andererseits können die diesbezüglichen Auslegungsprobleme bei der Anwendung der Ordnungswidrigkeitsvorschrift der §§ 26 Abs. 1 in Verbindung mit 38 Abs. 1 Nr. 8 GWB als durch die Praxis bewältigt angesehen werden. Auch würden die mit der Einfügung eines anderen Tatbestandsmerkmals zwangsläufig verbundenen neuen Auslegungsprobleme hier sicherlich den erzielten "Änderungsnutzen" überwiegen. Ein Ordnungswidrigkeitstatbestand sollte deshalb das Unbilligkeitskriterium beibehalten.

5. Kommt somit ein Straftatbestand des wirtschaftlichen Boykotts bei der Typisierung schwerer, strafwürdiger Fälle mit dem Merkmal der Unbilligkeit nicht aus, muß dieses folglich durch alternative Tatbestandsmerkmale ersetzt oder durch zusätzliche einengende tatbestandliche Erfor-

dernisse ergänzt werden. Grundsätzlich kommen als Kriterien für eine eingrenzende Umschreibung des tatbestandlichen Unrechts das Erfordernis einer bestimmten Absicht eines bestimmten Täterkreises, das Ausmaß der Beeinträchtigung des Gesperrten sowie die zum Zwecke der Aufforderung oder Veranlassung des Sperrers eingesetzten Tatmittel in Betracht.

Freilich wurde hier die Statuierung des Erfordernisses einer bestimmten Absicht bereits als untauglich verworfen. Desgleichen erwies sich eine zu enge Umschreibung des Täterkreises für eine konkretere Unrechtsvertypung nicht als sinnvoll²⁾, wie andererseits eine sehr weite Umschreibung des Täterkreises (beispielsweise als "Unternehmen" oder "Unternehmer") völlig der Funktion eines wirksamen Korrektivs zur Ausscheidung nichtstrafwürdiger Fälle entraten müßte.

Eine Orientierung nur am Ausmaß und der "Unbilligkeit" der Beeinträchtigung des Gesperrten würde schließlich nicht das gegebene Handlungsunrecht hinreichend berücksichtigen.

Ein erfolgversprechender Ansatz kann deshalb nur in der gesetzlichen Umschreibung und Konkretisierung (qualifizierter) eingesetzter Veranlassungsmodi bzw. Beeinflussungsmittel liegen. Diesen Weg beschreiten im übrigen

1) Vgl. S. 347 f.

2) Vgl. S. 357 ff.

auch die Verf. des AE und Tiedemann in Ergänzung zu der von ihnen vorgeschlagenen einengenden Umschreibung des Täterkreises.

Die in § 172 Abs. 2 AE aufgeführten Beeinflussungsmittel umschreiben die meisten der in der Boykottphänomenologie tatsächlich aufgetretenen Verhaltensweisen. Insbesondere die Bedrohung des Adressaten der Boykottaufforderung mit einer Liefer- oder Bezugssperre ("entweder wird X nicht (mehr) beliefert - oder keine Geschäftsbeziehungen (mehr mit uns!)"') kann als typisch bezeichnet werden.

Freilich steht dem Vorteil der hohen Konkretheit bei § 172 Abs. 2 AE der Nachteil gegenüber, daß gleichfalls strafwürdige Formen der einschlägigen Einflußnahme außer Betracht bleiben. Zum Beispiel würde die drastische Reduzierung der Geschäftsbeziehungen noch keine Liefer- oder Bezugssperre darstellen. Auch die Androhung, im Weigerungsfalle Dritte (z.B. die anderen Angehörigen einer Branche) zu wirtschaftlichen Repressalien zu veranlassen, würde von dem Tatbestande nicht erfaßt.

6. Dem Hinweis auf diese und andere Regelungslücken könnte nun entgegengehalten werden, daß § 172 Abs. 2 AE nur Regelbeispiele aufführt und folglich andere, gleichfalls strafwürdige Fälle der Boykottaufforderung bzw. -veranlassung ebenfalls unter das Merkmal der "mißbräuchlichen Ausnutzung der wirtschaftlichen Stellung" des § 172 Abs. 1 AE subsumiert werden könnten. Ein solches

Vorgehen entspräche an sich zweifellos den Anforderungen an eine methodisch korrekte Gesetzesanwendung. Gegen die von den Verfassern des AE verwandte Regel-Beispiel-Technik erheben sich jedoch unter einem anderen Gesichtspunkt grundsätzlich Bedenken:

Indem § 172 AE in seinem Absatz 1 das äußerst weite Merkmal der "mißbräuchlichen Ausnutzung der wirtschaftlichen Stellung" verwendet, welches einerseits den Kreis tauglicher Täter zwar hinreichend bestimmt eingrenzt, im übrigen aber den höchst allgemeinen und deshalb der Konkretisierung bedürftigen Begriff des Mißbrauchs einführt, erlangen die Regelbeispiele des Absatz 2 praktisch eine strafbarkeitsbegründende Funktion.

Nun hat zwar der Strafgesetzgeber auch bislang die insbesondere von Lange für die Strafrechtsreform empfohlene¹⁾ Methode der Regel-Beispiel-Technik schon häufig benutzt (vgl. z.B. §§ 94 Abs. 2, 113 Abs. 2, 125a, 243, 292 Abs. 2, 302a Abs. 2). In all diesen Fällen hat es sich bei den Regelbeispielen aber nie um strafbarkeitsbegründende Tatbestandsmerkmale, sondern immer nur um Strafzumessungsregeln gehandelt.²⁾ Nur dieser Umstand erlaubt es auch, daß trotz der in Teilen des Schrifttums erhobenen grundsätzlichen Bedenken³⁾ die von der Regel-

1) Lange, in: Materialien zur Strafrechtsreform, Bd. I (1954), S. 84.

2) Vgl. Tröndle, in: LK § 1 Rn. 18 m. weit. Nachw.

3) Vgl. Maiwald, Bestimmtheitsgebot, tatbestandliche Typisierung und die Technik der Regelbeispiele, in: Gallas-Festschrift (1973), S. 137, 158 f.

Beispiel-Technik ausgehende Analogiewirkung im Hinblick auf Art. 103 Abs. 2 GG wohl noch als unschädlich angesehen werden kann.¹⁾

Aus diesem Grunde könnte § 172 AE allenfalls nur dann (noch) als verfassungsmäßig qualifiziert werden, wenn man § 172 Abs. 2 AE entgegen seinem Wortlaut ("insbesondere") restriktiv dahin auslegen würde, daß es sich bei den aufgeführten Beeinflussungsmodalitäten doch um eine abschließende Enumeration handelt.

Dann blieben aber die oben erwähnten Regelungslücken trotz der Intention der Verfasser des Alternativ-Entwurfs bestehen.

7. Eine Anregung für eine alternative legislatorische Lösung, bei der ebenfalls die Modalitäten einer verbotenen Beeinflussung zu wettbewerbsrechtlich unerwünschtem Zweck tatbestandlich konkretisiert werden, bietet das Beispiel des "Druckverbots" des § 25 Abs. 2 GWB. Diese Norm inkriminiert nicht jegliche Veranlassung zu den von ihr im einzelnen aufgeführten Zwecken, sondern umschreibt die objektive Tathandlung als das Androhen oder Zufügen von Nachteilen und das Versprechen oder Gewähren von Vorteilen.

Die Übernahme des Erfordernisses einer Nachteilsandrohung oder -zufügung in einen Boykotttatbestand böte in mehrerlei Hinsicht Vorteile:

Die Umschreibung der Beeinflussungsmittel weist zwar

1) Vgl. nur Jescheck AT, S. 218; Tröndle, in: LK § 1 Rn. 18.

nicht die beispielhafte Konkretheit des § 172 Abs. 2 AE auf, ist aber bestimmter als die generalklauselhafte Tatbestandsfassung des § 172 Abs. 1 AE oder das unspezifische "Auffordern" des § 26 Abs. 1 GWB. Durch die Loslösung der Handlungs- von der Täterkreisumschreibung wird ferner das Handlungsunrecht im Vergleich zu § 172 AE noch stärker verobjektiviert. Vor allem wird jegliche Beeinflussung des Sperrers mit Zwangsmitteln erfaßt, so daß Strafbarkeitslücken kaum noch drohen können. Durch die tatbestandliche Verknüpfung von Beeinflussungsmittel und verfolgtem Zweck wird - wie bei § 25 Abs. 2 GWB - zu dem das inkriminierte Handlungsunrecht in verfassungsrechtlich hinreichend bestimmter Weise tatbestandlich vertyp.

Auf der anderen Seite würden durch eine solcherart gestaltete Tatbestandsfassung auch von vornherein die meisten der bereits erörterten Fälle nicht-strafwürdiger Boykott-aufforderung bzw. -veranlassung aus der objektiven Unrechtsumschreibung ausgeschieden. Insbesondere unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes zum Boykott ergeben sich hier keine weiteren Abgrenzungs- oder Kollisionsprobleme, da hiernach Boykottaufforderungen nur insoweit durch Art. 5 GG gedeckt sind, als es sich bei ihnen um Mittel des rein geistigen Meinungskampfs handelt, nicht aber im Falle ihrer nachdrücklichen Unterstützung durch die Androhung oder Zufügung wirtschaftlichen Zwangs.¹⁾

1) BVerfGE 25, 256, 264

Nicht erfaßt würden hingegen die Fallkonstellationen, in denen sich der Verrufer ehrenrühriger oder sonst nachteiliger Behauptungen zur Verfolgung seines Zwecks bedient. Diese Lücke kann aber angesichts der in diesen Fällen ohnehin eingreifenden Strafbarkeit nach den allgemeinen strafrechtlichen Bestimmungen zum Schutze der Ehre (§§ 185, 186 StGB) und dem in diesem Bereich besonders wichtigen § 15 UWG in Kauf genommen werden.

Eine gesonderte Erfassung des Beeinflussungsmittels des Versprechens oder Gewährens von Vorteilen erscheint demgegenüber nicht sinnvoll. Hiergegen sprechen vor allem das Fehlen einschlägiger Fälle sowie der geringe Handlungsunwert.

Aus all dem folgt, daß mit Hilfe der hier vorgeschlagenen tatbestandlichen Vertypung der Ausübung wirtschaftlichen Drucks zur Veranlassung einer Geschäftsverweigerung sowohl die strafwürdigen Fälle hinreichend umfassend und zugleich bestimmt eingegrenzt als auch nicht-strafwürdige oder ausnahmsweise zulässige Fälle ausgegrenzt werden können.

8. Damit ist aber noch nicht abschließend beantwortet ob - im Gegensatz zum hier vorgeschlagenen Ordnungswidrigkeitstatbestand ¹⁾ - ein Straftatbestand des Boykotts auf das Unbilligkeitskriterium verzichten kann.

1) Vgl. S. 380.

Für eine Übernahme des Merkmals der Unbilligkeit auch in einen Straftatbestand kann zwar nicht angeführt werden, daß dieses zusätzlich zur Vertypung des Beeinflussungsmodus zu einer Erhöhung des "Unrechtsprofils" beitragen könnte. Vielmehr wird eine umfassende Unrechtsumschreibung schon durch Vertypung von Tatmittel und verfolgtem Zweck so umfassend geleistet, daß die hierdurch erfaßten Fälle nahezu zwangsläufig immer auch "unbillig" sind.

Aus der letzteren Erwägung ergibt sich aber andererseits zugleich, daß die Praktikabilität eines Straftatbestandes unter einer entsprechenden Tatbestandsfassung nicht leiden würde, da die Feststellung der Wettbewerbs- und Ordnungswidrigkeit einer Boykottaufforderung immer den notwendigen Ausgangspunkt für die Überlegung darstellen muß, ob (auch) darüber hinaus (kriminal)strafwürdiges Unrecht verwirklicht wurde.

Auch der Gesichtspunkt der Klarheit des gesetzessystematischen Zusammenhangs läßt es wünschenswert erscheinen, daß ein Straftatbestand des Boykotts - gleich ob in das StGB eingestellt oder spezialgesetzlich modifiziert - in seinem Wortlaut weitestmöglich mit dem materiell-kartellrechtlichen Boykottverbot bzw. der Ordnungswidrigkeitsvorschrift übereinstimmt.

Neben diesen eher formalen Erwägungen macht aber vor allem ein materieller Gesichtspunkt das Bedürfnis nach dem Unbilligkeitserfordernis auch in einer Strafnorm unabweislich:

Trotz der einengenden Typisierung besonders sozialschäd-

licher Boykottaufforderungen mit Hilfe der konkretisierenden Umschreibung der Beeinflussungsmittel und der dadurch zugleich bewirkten Ausscheidung nicht-straftwürdiger Fälle verbleiben nämlich gleichwohl Konstellationen, in denen trotz des Einsatzes der erwähnten Beeinflussungsmittel eine Boykottaufforderung noch nicht einmal wettbewerbswidrig ist. Insbesondere dann, wenn ein Hersteller zur Vereinbarung einer nach § 18 GWB zulässigen Bindung (dann ausnahmsweise) zulässigen Zwang gegenüber seinen Abnehmern ausübt, hat dessen Verhalten die äußere Gestalt einer durch wirtschaftlichen Druck getragenen Boykottaufforderung. Der sich hieraus ergebende Konflikt läßt sich nur dann zwanglos lösen, wenn - wie bei der bisherigen Praxis zur Abgrenzung der Normbereiche der §§ 26 Abs. 1 GWB und 18 GWB - die Generalklausel der "Unbilligkeit" zur Verfügung steht. Die Bedenken, die Ulmer¹⁾ gegen den Tatbestandsvorschlag der Sachverständigenkommission zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität erhoben hat, verbleiben insoweit beachtlich.

Zwar ließe sich die Abgrenzung zwischen strafbarem Boykott und zulässiger Veranlassung zum Abbruch der Geschäftsbeziehungen auch mit Hilfe des von der Sachverständigenkommission und den Verfassern des AE empfohlenen Mißbrauchskriteriums - entgegen den Befürchtungen Ulmers - vornehmen. Auch eine Verwirklichung der Regelbeispiele des § 172 AE schließt die Verneinung eines Mißbrauchs nicht aus. Verzichtet man aber aus den darge-

1) Ulmer, in: Tagungsberichte Bd. 10, Anlage 2, S. 40 f.

legten Gründen auf eine Verwendung des durch Regelbeispiele konkretisierten Mißbrauchsbegriffs, drängt sich das durch die Praxis konturierte Unbilligkeitsmerkmal als Ersatz geradezu auf.

Dieses tatbestandliche Korrektiv wäre allenfalls dann entbehrlich, wenn es sich bei § 18 GWB insoweit um einen gesetzlichen Rechtfertigungsgrund handelte. Dagegen spricht aber, daß § 18 GWB bestimmte vertragliche Beschränkungen nicht als ausnahmsweise zulässig erklärt sondern sie als grundsätzlich zulässig lediglich der Mißbrauchsaufsicht der Kartellbehörde unterwirft.¹⁾ Im übrigen spricht aus praktischer Sicht der Wortlaut des in den hier interessierenden Fällen einschlägigen § 18 Abs. 1 b) gegen ein Verständnis der Norm als spezieller Rechtfertigungsgrund: Die nach § 18 Abs. 1 b) erforderliche Unbilligkeitsprüfung wäre dieselbe wie bei dem entsprechenden tatbestandlichen Korrektiv eines Boykotttatbestandes. Infolgedessen brächte die Verlagerung der auftretenden Abgrenzungsprobleme auf eine Auslegung des als Rechtfertigungsgrund verstandenen § 18 GWB kein Mehr an Rechtssicherheit.

Als Ergebnis ist somit festzuhalten, daß auch ein Straf- tatbestand des Boykotts das zusätzliche Merkmal der Unbilligkeit der Beeinträchtigung des Gesperrten enthalten sollte.

1) Langen-Niederleithinger-Schmidt § 18 Rn. 5, 6.

9. Ob nur die erfolgreiche Veranlassung zur Geschäftsverweigerung oder bereits die bloße Boykottaufforderung inkriminiert werden sollte, ist im Reformschrifttum kontrovers geblieben, obgleich erst in jüngerer Zeit, durch die zweite Kartellrechtsnovelle 1973, das Merkmal der Veranlassung durch dasjenige der Aufforderung ersetzt worden ist.

§ 172 Abs. 1 AE umschreibt die Tathandlung insofern als "Veranlassung mittels Aufforderung". Dieser Vorschlag ist eine Konsequenz aus der Orientierung der Verfasser des AE am Gesichtspunkt des Mißbrauchs wirtschaftlicher Macht, denen folgerichtig "lediglich die erfolgreiche Veranlassung zum Boykott als Mißbrauch wirtschaftlicher Macht erscheint".¹⁾

Zu Begründung dafür, daß § 172 Abs. 1 AE noch weiter einengend fordert, daß die Veranlassung zur Geschäftsverweigerung "mittels Aufforderung" erfolgt sein müsse, hat Tiedemann ausgeführt, daß die "Aufforderung" eine stärkere Einflußnahme als das lediglich kausale "Veranlassen" darstelle, und in diesem Zusammenhang auf die Fälle hingewiesen, "in denen lediglich Anreize zum Abbruch der Geschäftsbeziehungen gesetzt werden". Weiterhin gibt Tiedemann zu bedenken, daß diese "freilich etwas umständliche Beschreibung" der Tathandlung der Tatsache Rechnung trage, "daß für die Anstifterhaftung nach § 26 StGB nicht unbestritten ist, ob die einfachere (gesetzliche) Bezeich-

1) Alternativ-Entwurf S. 29; Tiedemann, Kartellrechtsverstöße S. 128.

nung des Bestimmens auch Fälle bloßer Verursachung des Tatentschlusses erfaßt." ¹⁾

Dagegen sollten nach der hier vertretenen Auffassung die Fälle erfolgreicher und erfolgloser Veranlassung zur Geschäftsverweigerung schon grundsätzlich nicht unterschiedlich behandelt werden. Da die Strafwürdigkeit des einschlägigen Verhaltens des Verrufers auf dem Handlungsunwert gründet und ein (weiterer) Erfolgsunwert hierfür nicht konstitutiv ist, sollte auch die erfolglose Veranlassung unter Strafe gestellt werden. Dies wäre im übrigen auch dem der Boykottaufforderung im Schrifttum ²⁾ zuerkannten "eigenen Unwertgehalt" angemessen.

Zudem wird allgemein anerkannt, daß unter dem alten Rechtszustand die Verfolgung einer Kartellordnungswidrigkeit nach § 26 Abs. 1 in Verbindung mit § 38 Abs. 1 Nr. 8 GWB häufig daran scheiterte, daß die Kausalität zwischen (erwiesener) Boykottaufforderung und Sperrmaßnahme nicht nachgewiesen werden konnte. ³⁾

Weiterhin muß füglich bezweifelt werden, ob bei Verwirklichung des Tatbestandsvorschlages der Verfasser des AE angesichts der Sperrwirkung des § 21 Ordnungswidrigkeitengesetz der versuchte Boykott noch als Ordnungswidrigkeit verfolgbar wäre.

Allerdings ist nach der hier vertretenen Auffassung nicht

1) Tiedemann, Kartellrechtsverstöße S. 128.

2) Tiedemann, Wettbewerb und Strafrecht S. 30.

3) Vgl. Tiedemann, Kartellrechtsverstöße S. 127.

erforderlich, das "Versuchsstadium" einer Boykottveranlassung ausdrücklich mittels des Merkmals der Aufforderung zu erfassen.

In Anlehnung an § 25 Abs. 2 GWB empfiehlt sich statt dessen die Inkriminierung der "Androhung oder Zufügung von Nachteilen" zum Zwecke der Veranlassung von Liefer- oder Bezugssperren. Durch diese tatbestandliche Umschreibung würden auch die Fälle der strafwürdigen erfolglosen Veranlassung zur Geschäftsverweigerung zwangsläufig erfaßt.

10. Die ausdrückliche Erstreckung des Adressatenkreises der Boykottaufforderung auf "Vereinigungen von Unternehmen" erscheint entbehrlich. Wird im Einzelfall eine Boykottaufforderung an eine Unternehmensvereinigung gerichtet, kann bereits mittels üblicher Gesetzesauslegung das Vorliegen einer Aufforderung (auch) an die ihr angehörenden Unternehmen bejaht werden. Diesbezügliche Fehlvorstellungen des Täters würden sich auf eine unerhebliche Abweichung vom Kausalverlauf beziehen.

IV. Zusammenfassung der Ergebnisse

Die Erörterung der Reformvorschläge aus jüngster Vergangenheit führt in Würdigung der einschlägigen Kartellrechtspraxis und unter Berücksichtigung der hier vertretenen Auffassung demnach zu folgenden Ergebnissen:

1. - § 26 Abs. 1 GWB sollte dahin geändert werden, daß der geschützte Personenkreis statt als "bestimmte Wettbewerber" als "bestimmte Unternehmen" umschrieben werden sollte.
 - Das Merkmal der "Absicht zur unbilligen Beeinträchtigung" sollte durch das Erfordernis der "Eignung" zur unbilligen Beeinträchtigung vorobjektiviert werden.
 - Die Umschreibung des Beeinflussungsmodus als "Auffordern" sollte beibehalten werden.
 - Der Kreis der Adressaten der Boykottaufforderung sollte auf "andere Unternehmen" beschränkt werden.
2. - Ein neu zu schaffender Straftatbestand des Boykotts sollte sich möglichst eng an das materiell-wettbewerbsrechtliche und ordnungswidrigkeitsrechtliche Verbot anlehnen.

- Die Vertypung des strafwürdigen Kriminalunrechts sollte mittels einer gesetzlichen Umschreibung des zum Zwecke einer Boykottaufruforderung eingesetzten Zwangs erfolgen.

Das Merkmal der Unbilligkeit der Beeinträchtigung sollte beibehalten werden.

- Hingegen sollte ein Straftatbestand den Täterkreis im Vergleich zu § 26 Abs. 1 GWB nicht einengen.

V. Tatbestandsalternativen

Folgende Neufassung von § 26 Abs. 1 GWB wird vorgeschlagen:

§ 26 Abs. 1 GWB n. F.

Unternehmen und Vereinigungen von Unternehmen dürfen nicht andere Unternehmen zu Liefer- oder Bezugssperren gegenüber bestimmten Unternehmen auffordern, die geeignet sind, diese unbillig zu beeinträchtigen.

Ein Straftatbestand könnte folgenden Wortlaut haben:

§ X

(1) Wer als Inhaber eines Unternehmens anderen Unternehmen Nachteile androht oder zufügt, um diese zu Liefer- oder Bezugssperren gegenüber bestimmten Unternehmen zu veranlassen, welche geeignet sind, diese unbillig zu beeinträchtigen, wird mit ... bestraft.

(2) Dem Inhaber eines Unternehmens steht derjenige gleich, dem die Führung der Geschäfte einer Vereinigung von Unternehmen übertragen ist.

LEBENS LAUF

Der Verfasser wurde am 28. Februar 1948 als Sohn des Zahnarztes Erwin Simmler und seiner Ehefrau Lisbeth in Bad Frankenhausen am Kyffhäuser geboren.

Die Familie siedelte 1960 in die Bundesrepublik Deutschland über. Der Verfasser besuchte dort das Ratsgymnasium zu Osnabrück, wo er 1967 auch die Reifeprüfung ablegte.

Es folgte das Studium der Rechtswissenschaft in Münster und Freiburg. Am 16. Juni 1972 legte der Verfasser in Freiburg die Erste juristische Staatsprüfung ab. Nach einem Referendariat im Landgerichtsbezirk Freiburg bestand er sodann am 5. Februar 1975 die Zweite juristische Staatsprüfung.

Zum Zeitpunkt des Abschlusses des Promotionsverfahrens war der Verfasser wissenschaftlicher Assistent am Institut für Kriminologie und Wirtschaftsstrafrecht der Albert-Ludwigs-Universität in Freiburg.

